



**UNIVERSIDADE DA CORUÑA**  
**FACULTADE DE DEREITO**

# **RESPONSABILIDADES PENALES Y CONCURSO DE ACREEDORES DE BALEA, SA**

Trabajo de Fin de Grado en Derecho  
2016/2017

**Anxo Vidal Balea**

Tutora: Profa. Dra. M<sup>a</sup> Rocío Quintáns Eiras

# ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>2</b>
<b>I.- CUESTIONES SOCIETARIAS: LA DISOLUCIÓN DE SOCIEDADES .....</b>	<b>3</b>
<b>I.1. Causa legal de disolución .....</b>	<b>3</b>
<b>I.2. Responsabilidad del administrador social .....</b>	<b>4</b>
<b>II.- CUESTIONES CONCURSALES .....</b>	<b>5</b>
<b>II.1. Declaración del concurso de acreedores .....</b>	<b>5</b>
II.1.1. Legitimación de las partes .....	5
II.1.2. Competencia para conocer del concurso.....	6
II.1.3. Requisitos legales para la declaración del concurso .....	7
II.1.3.1. Presupuestos subjetivo y objetivo .....	7
II.1.3.2. Presupuesto formal.....	9
II.1.3.2.1. Solicitud de la deudora .....	9
II.1.3.2.2. Solicitud de la acreedora .....	11
<b>II.2. Efectos sobre los contratos de la declaración del concurso.....</b>	<b>13</b>
II.2.1 Contratos de compraventa.....	14
II.2.1.1 Contrato íntegramente cumplido por la parte <i>in bonis</i> .....	14
II.2.1.2 Contrato pendiente de cumplimiento por ambas partes .....	15
II.2.1.2.1 Resolución en interés del concurso .....	15
II.2.1.2.2 Resolución por incumplimiento .....	16
II.2.2 Contrato de agencia.....	18
<b>II.3. Calificación del concurso.....</b>	<b>19</b>
II.3.1. Ámbito objetivo de la calificación .....	20
II.3.1.1. La irregularidad contable relevante .....	20
II.3.1.2. La salida fraudulenta de bienes del patrimonio del deudor.....	21
II.3.1.3. El retraso en la presentación de la solicitud de concurso .....	22
II.3.2. Ámbito subjetivo de la calificación.....	24
<b>II.4. Responsabilidad civil del liquidador en sede concursal .....</b>	<b>26</b>
II.4.1. Coexistencia y coordinación de los sistemas societario y concursal de responsabilidad .....	26
II.4.2. Responsabilidad societaria.....	27
II.4.3. Responsabilidad concursal.....	29
<b>III.- CUESTIONES PENALES .....</b>	<b>32</b>
<b>III.1. Consideraciones previas: la reforma del Código Penal .....</b>	<b>32</b>
III.1.1 La sucesión de normas penales.....	32
III.1.1 Análisis de determinadas modificaciones del Código Penal .....	33
<b>III.2. Análisis de los hechos descritos y su posible encaje en un tipo penal .....</b>	<b>34</b>
III.2.1 Concurso medial entre un delito de imposición de acuerdo lesivo adoptado por mayoría ficticia y un delito de lesiones.....	34
III.2.1.1 Delito de imposición de un acuerdo lesivo adoptado por mayoría ficticia .....	34
III.2.1.2 Delito de lesiones .....	35
III.2.2 Falta de amenazas .....	36
III.2.3 Falta de daños .....	37
III.2.4 Delito de administración desleal.....	38
III.2.5 Delito de favorecimiento ilícito de un acreedor .....	40
III.2.6 Delito contra la Hacienda pública .....	41
III.2.7 Concurso medial entre un delito de falseamiento de cuentas anuales y un delito de apropiación indebida.....	42
III.2.7.1 Delito de falseamiento de cuentas anuales .....	43
III.2.7.2 Delito de apropiación indebida.....	44
<b>IV.- CONCLUSIONES GENERALES .....</b>	<b>46</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>48</b>

# INTRODUCCIÓN

La actualidad del país ha estado marcada en los últimos años por una grave crisis económica, iniciada a finales del año 2007 en el sector inmobiliario y que ha terminado por afectar de modo global a las economías española y gallega, provocando la mayor recesión económica desde la década de 1990. En medio de esta época convulsa, gran cantidad de empresas constructoras y promotoras se han visto abocadas al cierre, con lo que ello implica en términos de destrucción de empleo, tejido empresarial y riqueza social.

Esto es lo que me ha impulsado a redactar este caso del modo en que lo he hecho. Puesto que todo lo anterior ha tenido, correlativamente, su reflejo en el ámbito jurídico. Desde el inicio de la crisis económica, se ha producido la disolución y liquidación de más de 160.000 sociedades<sup>1</sup>. Amén de la declaración en concurso de acreedores de cerca de 48.000 empresas<sup>2</sup>, lo que ha provocado una frenética actividad legislativa en materia concursal, siendo reformada la actual Ley Concursal hasta en 22 ocasiones desde el inicio de la crisis económica. Recordemos, por ejemplo, a las empresas protagonistas de los mayores concursos de acreedores de la historia de nuestro país, todas ellas constructoras: Martinsa-Fadesa, Reyat Urbis, Hábitat y Sacresa; o casos de reciente actualidad como la declaración en concurso de Bricoking o la liquidación de la textil Caramelo dos años después de su declaración en concurso.

Por otro lado, han tenido lugar, y continúan actualmente, gran cantidad de juicios relacionados con delitos económicos, societarios y contra la Hacienda Pública. Piénsese, por ejemplo, en el juicio al que se enfrentan el expresidente de Abengoa, Felipe Benjumea, y otros cuatro consejeros por un delito de administración desleal; el procesamiento por posibles delitos de apropiación indebida, administración desleal y falsedad documental que actualmente afronta el expresidente de Kutxabank, Mario Fernández; o en el conocido como caso Marsans, en el que se acusa a Díaz Ferrán por delitos de apropiación indebida, alzamiento de bienes, fraude fiscal y blanqueo de capitales, entre otros.

He tratado de reflejar, de algún modo, esa realidad actual en la redacción de este caso, lo que me ha permitido analizar y estudiar de primera mano la respuesta que nuestro ordenamiento jurídico da a algunas de las cuestiones que mayor relevancia han tenido en la vida reciente de gran parte de la población del país.

El análisis y el estudio del caso que me he propuesto realizar deben ser necesariamente adecuados al medio en que se realiza, un Trabajo de Fin de Grado, que no permite llevar el estudio más allá de una determinada extensión y profundidad. Por ello, realizaré un análisis somero de las cuestiones a tratar, limitándome a desarrollar lo esencial y esbozando simplemente otras cuestiones relacionadas, y de carácter accesorio, que considero relevantes y cuyo estudio posterior con mayor detenimiento ayudaría a una comprensión de la cuestión más compleja y rica en matices que la que aquí se realizará. He decidido centrar el caso en el estudio del concurso de acreedores, lo que explica que sea esta cuestión la que ocupa el lugar central, en cuanto a extensión y nivel de profundidad del análisis, y que otras cuestiones de carácter extraconcursal se vean relegadas a una posición que podríamos calificar como de secundaria. Ello no implica, por descontado, que el análisis de estas cuestiones sea más pobre, sino que no realizaré una exposición tan detallada y extensa de las mismas, limitándome a realizar una exposición sucinta e indicando dónde se puede encontrar una exposición más extensa y detallada realizada por otros autores.

Página 2

---

<sup>1</sup> Datos hasta el año 2015, extraídos de la base de datos del Instituto Nacional de Estadística. Accesible online en: <https://goo.gl/efE1wm>

<sup>2</sup> Vid. PricewaterhouseCoopers, *El número de concursos de empresas se sitúa en niveles del inicio de la crisis. Baremo Concursal 31/12/2016*. Accesible online en: <https://goo.gl/2Knq08>

# I.- CUESTIONES SOCIETARIAS: LA DISOLUCIÓN DE SOCIEDADES

En que se dictamina si la disolución societaria se trata de una disolución de pleno derecho, de una disolución por constatación de causa legal o estatutaria de disolución, o de una disolución por mero acuerdo de la junta general.

El Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante LSC) dispone que la disolución de una sociedad puede traer causa en tres motivos<sup>3</sup>: a) disolución de pleno derecho, b) disolución por constatación de causa legal o estatutaria y c) disolución por mero acuerdo de la junta general.

Por lo tanto, debemos analizar los hechos descritos en el caso para determinar ante qué supuesto de disolución nos encontramos. En el caso nada se dice sobre los estatutos de la sociedad, por lo que no cabe suponer que la sociedad estuviese sometida a término; el balance de situación da cuenta de que el Capital Social es superior al mínimo exigido por la ley para las sociedades anónimas<sup>4</sup> y la disolución se produce con anterioridad a la declaración de concurso de acreedores<sup>5</sup>. Por lo tanto, parece claro que no nos encontramos ante un supuesto de disolución de pleno derecho<sup>6</sup>.

## I.1. Causa legal de disolución

Debemos discernir si la disolución se produce por constatación de causa legal o estatutaria o por mero acuerdo de la junta general, habida cuenta de que la disolución es acordada por la junta general de socios y el caso no dice nada acerca del motivo que ha llevado a los socios a disolver la sociedad. Entiendo que nos encontramos ante un supuesto de disolución por constatación de causa legal, como a continuación justificaré.

En el caso se dice que, tras examinar las cuentas anuales, doña Nerea solicita al administrador social la convocatoria de una junta general en cuyo orden del día figure la disolución de la sociedad, aun que sin especificar el motivo<sup>7</sup>. Parece, por tanto, que está dando cumplimiento a lo dispuesto en el art. 365.1.II LSC, que legitima a cualquier socio que entienda que concurre alguna causa de disolución a solicitar la convocatoria de una junta general<sup>8</sup>.

El balance de situación de la sociedad a 31 de diciembre de 2013, refleja que, a consecuencia de las pérdidas acumuladas, el Patrimonio Neto (en adelante PN) es inferior a la mitad del Capital Social (en adelante CS). En el caso también se dice que, en el momento de aprobación de las cuentas, la sociedad se hallaba al corriente del pago de todas sus obligaciones, no siendo, por tanto, procedente la declaración de concurso. Nos encontramos, pues, ante una causa de disolución legal, recogida en el art. 363.1.e LSC en relación con el art. 362 LSC<sup>9</sup>. Es necesario, por tanto, detenernos en este punto y examinar detalladamente las cuentas anuales de la sociedad, habida cuenta de que parece que es en ellas precisamente donde se encuentra reflejada la causa legal de disolución. A efectos del cálculo del Patrimonio Neto en caso de disolución obligatoria por pérdidas, el art. 36.1.c del Real Decreto de 22 de agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio (en adelante CdC) establece una serie de especialidades<sup>10</sup>. En lo que aquí importa, este artículo establece que “*los ajustes por cambios de valor originados en operaciones de cobertura de flujos de efectivo pendientes de imputar a la cuenta de pérdidas y ganancias no se considerarán patrimonio neto*”. Procedo a calcular el Patrimonio Neto de la sociedad, siguiendo lo dispuesto en el art. 36.1.c CdC y a partir del balance de situación a 31 de diciembre de 2013, para los años 2012 y 2013:

<sup>3</sup> Vid. BATALLER, J. “La disolución” en ROJO, Á. Y BELTRÁN, E. (DIRS.), *Comentario de la ley de sociedades de capital. Tomo II*, Civitas-Thomson Reuters, 2011, pp. 2531-2559.

<sup>4</sup> El Capital Social mínimo exigido a las sociedades anónimas es de 60.000€ (vid. art. 4.3 LSC), mientras que la sociedad contaba a 31 de diciembre de 2013 con un Capital Social de 280.000€.

<sup>5</sup> La declaración en concurso no produce la disolución de la sociedad, aun que la apertura de la fase de liquidación sí produce la disolución de pleno derecho de la misma (art. 361 LSC), vid. BATALLER, J. *ob. cit.*, pp. 2539-2540.

<sup>6</sup> Vid. BATALLER, J. *ob. cit.*, pp. 2534-2542.

<sup>7</sup> No es necesario que el orden del día recoja el motivo de disolución, vid. BATALLER, J. *ob. cit.*, p. 2567.

<sup>8</sup> Vid. BATALLER, J. *ob. cit.*, pp. 2566-2567.

<sup>9</sup> Vid. BATALLER, J. *ob. cit.*, pp. 2555-2557. La obra ha sido publicada antes de la reforma sufrida por la LSC en el año 2011 que, entre otras modificaciones, añadió un nuevo apartado a) al art. 363.1 LSC. Por lo que las referencias realizadas en la obra al apartado d) del artículo deben ser entendidas realizadas al nuevo apartado e).

<sup>10</sup> Vid. BATALLER, J. *ob. cit.*, pp. 2555-2556.

	2012	2013
Capital social	280.000 €	280.000 €
Reserva legal	58.000 €	58.000 €
Resultados negativos de ejercicios anteriores	- 150.000 €	- 150.000 €
Resultados negativos del ejercicio	- €	- 50.000 €
<b>Patrimonio Neto (art. 36.1.c CdC)</b>	<b>188.000 €</b>	<b>138.000 €</b>
<b>Relación entre el Patrimonio Neto y el Capital Social</b>	<b>67%</b>	<b>49%</b>

Observamos que, como consecuencia de las pérdidas del ejercicio, a 31 de diciembre de 2013 el PN es inferior a la mitad del CS<sup>11</sup>. Existiendo, así, causa de disolución legal de la sociedad *ex art.* 363.1.e LSC. Esto no supone la disolución automática de la sociedad, sino que es necesaria la constatación de la causa por parte de la junta general, o en su defecto por resolución judicial (*art.* 364 LSC)<sup>12</sup>. Esto explica porqué fue constituida la junta general de socios que acordó la disolución de la sociedad, sin que esto supusiese la disolución societaria por mero acuerdo de la junta general<sup>13</sup>.

## I.2. Responsabilidad del administrador social

El *art.* 367 LSC establece la responsabilidad del administrador cuando no convoque la junta general para disolver la sociedad en el plazo de dos meses<sup>14</sup>. Por lo que debemos examinar si don Miguel realizó la convocatoria de la junta general en el plazo de dos meses desde el momento en que conoció o debió haber conocido la existencia de la causa de disolución. Para ello es necesario conocer dos fechas: la del momento en que don Miguel conoció o debió haber conocido la existencia de la causa legal de disolución y la del momento en que realizó la convocatoria de la junta. El caso no aporta datos relativos a estos hechos, por lo que debemos tratar de deducirlos.

En cuanto al primero de los hechos relevantes, está claro que don Miguel conoció o debió haber conocido la existencia de la causa de disolución cuando formuló las cuentas anuales. Sabemos que la junta general para la aprobación de las mismas fue celebrada el día 7 de abril, por lo que la convocatoria debió realizarse, como muy tarde, el 7 marzo<sup>15</sup>. Por tanto, debemos suponer que el día 7 de marzo don Miguel ya había formulado las cuentas anuales<sup>16</sup> y era, o debiera haber sido, conecedor de la causa de disolución de la sociedad. Respecto al segundo hecho, la junta general fue constituida el día 19 de mayo, por lo que la convocatoria de la misma debió realizarse, como muy tarde, el día 19 de abril, a tenor de lo dispuesto en el *art.* 176 LSC.

Por tanto, y partiendo de las suposiciones lógicas anteriores, parece claro que don Miguel no deberá responder personalmente con causa en el *art.* 367 LSC, al haber convocado junta general de socios con objeto de disolver la sociedad un mes y 12 días después del momento en que conoció o debió haber conocido la existencia de la causa legal de disolución, plazo inferior al máximo legal.

<sup>11</sup> Observamos también que a 31 de diciembre de 2012 el Patrimonio Neto de la sociedad era superior a dos tercios del Capital Social, no existiendo, por tanto, la obligación de reducir el mismo establecida en el *art.* 327 LSC. A este respecto *vid.* ESPÍN, C. “La reducción por pérdidas” en ROJO, A. Y BELTRÁN, E. *Comentario de la ley de sociedades de capital. Tomo II*, Civitas-Thomson Reuters, 2011, pp. 2378.

<sup>12</sup> *Vid.* BATALLER, J. *ob. cit.*, pp. 2545-2546 y 2560-2563.

<sup>13</sup> La disolución de la sociedad abre la fase de liquidación, *ex art.* 371.1 LSC, que debe realizarse de acuerdo con lo establecido en la LSC. Sin embargo, a partir de la declaración en concurso de la sociedad, la liquidación deberá realizarse siguiendo la normativa concursal, *ex art.* 272 LSC. Por lo que el liquidador deberá continuar el proceso de liquidación, sin perjuicio de la intervención o suspensión del ejercicio de sus facultades de administración y disposición, hasta la apertura de la fase de liquidación concursal, momento en que el liquidador será substituido por la administración concursal. *Vid.* Beltrán, E., “La liquidación de la sociedad y el concurso de acreedores”, en ROJO, A. Y BELTRÁN, E. *Disolución y liquidación de sociedades mercantiles*, Tirant lo blanch, 2009, pp. 461-462, 465-469, 476-481 y 492-493; y BELTRÁN, E., “La declaración de concurso de acreedores de la sociedad en liquidación” en SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J. C., OLEO DE BANET, F. Y MARTÍNEZ FLÓREZ, A (COORDS.), *Estudios de Derecho Mercantil. En memoria del Profesor Aníbal Sánchez Andrés*, Civitas – Thomson Reuters, 2010, pp. 1725 y 1735-1740.

<sup>14</sup> *Vid.* BATALLER, J. *ob. cit.*, pp. 2573-2574. A este respecto, el plazo de dos meses comienza a contar desde que el administrador “*conoció o hubiera debido conocer la existencia de la causa de disolución*” (*Cfr.* SJMerc núm. 2 de Palma de Mallorca 275/2016, de 1 de septiembre, (JUR 2016\216600), FJ 3º).

<sup>15</sup> Puesto que el *art.* 176 LSC establece un plazo mínimo de un mes entre el momento de convocatoria de la junta general de una sociedad anónima y el de su celebración.

<sup>16</sup> Suposición basada en que el *art.* 272.2 LSC, al regular la aprobación de las cuentas anuales, faculta a cualquier socio a obtener de la sociedad los documentos que hayan de ser sometidos a aprobación desde el momento en que se convoca la junta general, por lo que las cuentas anuales ya deberían haber sido formuladas cuando se realiza la citada convocatoria.

## II.- CUESTIONES CONCURSALES

### II.1. DECLARACIÓN DEL CONCURSO DE ACREEDORES

En que se dictamina si las partes están legitimadas para solicitar la declaración de concurso, qué juzgados son competentes para conocer y cuál debe hacerlo en este caso, cuál debe ser la consideración del concurso y si se cumple con los requisitos legales para la declaración del mismo.

---

La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante LC) ha sufrido más de 20 reformas desde el año 2009, la más reciente en el año 2015; mientras que los hechos descritos en el caso tienen fecha del año 2014. Por lo tanto, la redacción actualmente vigente de alguno de los preceptos de la Ley Concursal no coincide con la redacción vigente en el momento en que se inició el procedimiento concursal estudiado, téngase esto presente a lo largo de la exposición<sup>17</sup>.

#### II.1.1. Legitimación de las partes

El art. 3 LC legitima para solicitar la declaración del concurso al deudor, a los acreedores y a otras personas en determinados supuestos. Pero no legitima al Ministerio Fiscal a instar el concurso ni al Juez a declararlo de oficio, debiendo ser en todo caso solicitado por las partes<sup>18</sup>. En el caso se dice que la declaración de concurso ha sido solicitada tanto por la sociedad deudora como por una sociedad acreedora. Por lo que debemos analizar la legitimación de ambas.

El art. 3.1 LC legitima al deudor para solicitar su propia declaración en concurso<sup>19</sup>. De las cuentas anuales extractadas en el caso se deduce que la sociedad CONSTRUCCIONS BALEA, SA es titular de obligaciones contraída con terceros, reflejadas en el pasivo del balance. Por lo tanto, se encuentra legitimada para solicitar la declaración de su propio concurso de acreedores, a tenor de lo dispuesto en el art. 3.1 LC. En la redacción del art. 3.1 LC vigente en el momento de solicitud de la declaración de concurso, diciembre de 2014, no se hace referencia alguna a quién corresponde la competencia en el seno de la sociedad para decidir sobre la solicitud de declaración de concurso<sup>20</sup>. No obstante, en el caso se dice que la decisión de solicitar el concurso voluntario de la sociedad es tomada por acuerdo de los socios en junta universal, siendo éste el máximo órgano de dirección de la sociedad, y que la solicitud es presentada por el liquidador único de la sociedad, antiguo administrador único de la misma<sup>21</sup>. Por lo que entiendo que tanto el acuerdo como la presentación de la solicitud de concurso son realizados conforme a derecho.

---

<sup>17</sup> La gran cantidad de reformas que ha sufrido la LC desde el año 2009 implica que un gran número de manuales y tratados sobre la materia se encuentran, en mayor o menor medida, desactualizados; puesto que solo los publicados con posterioridad al año 2015 pueden estar completamente actualizados, lo que me ha obligado a utilizar manuales desactualizados en algunos aspectos. No obstante, he comparado la redacción vigente en el momento de la publicación del correspondiente libro con la vigente en el momento de análisis del caso, utilizando solo aquellos materiales que continuaban siendo relevantes.

<sup>18</sup> Vid. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. DEL M. y ORELLANA CANO, N., “Artículo 3. Legitimación”, en PRENDES CARRIL, P. (DIR.), *Tratado práctico concursal. Tomo I*, Thomson Reuters - Aranzadi, 2009, pp. 123-124; ROJO, Á., “Artículo 3. Legitimación”, en ROJO, Á. y BELTRÁN, E. (DIRS.), *Comentario de la Ley Concursal. Tomo I*, Thomson – Civitas, 2004, pp.197-198; y HERNÁNDEZ MARTÍ, J. y ALTÉS TÁRREGA, J., “Los presupuestos del concurso y la legitimación para solicitar su declaración”, en HERNÁNDEZ MARTÍ, J. (COORD.), *Concurso e insolvencia punible*, Tirant lo blanch, 2004, p. 49. Las referencias realizadas en estas obras a la Ley de Sociedades Anónimas y a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada deben ser entendidas realizadas a la LSC. Esto debe ser entendido para todas aquellas obras publicadas con anterioridad al año 2010, por ser éste el año en que se aprobó la actual LSC.

<sup>19</sup> Vid. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. DEL M. y ORELLANA CANO, N., “Artículo 3. Legitimación”, pp. 124-125; ROJO, Á., “Artículo 3. Legitimación”, pp. 198-199; y HERNÁNDEZ MARTÍ, J. y ALTÉS TÁRREGA, J., *ob. cit.*, p. 49.

<sup>20</sup> Cosa que sí ocurre en las redacciones anterior a la reforma del año 2013 y posterior a la reforma del año 2015, en que el art. 3.1 LC dispone que “*si el deudor fuera persona jurídica, será competente para decidir sobre la solicitud el órgano de administración o de liquidación*”. En este sentido, vid. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. DEL M. y ORELLANA CANO, N., “Artículo 3. Legitimación”, pp.129-130; ROJO, Á., “Artículo 3. Legitimación”, pp. 201-205; y HERNÁNDEZ MARTÍ, J. y ALTÉS TÁRREGA, J., *ob. cit.*, p. 50.

<sup>21</sup> Siendo éstos los únicos legitimados para presentar la solicitud de declaración del concurso si el órgano de administración de la sociedad es unipersonal, vid. ROJO, Á., “Artículo 3. Legitimación”, p. 203; y HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. DEL M. y ORELLANA CANO, N., “Artículo 3. Legitimación”, p.132.

El art. 3.1 LC legitima a cualquier acreedor a solicitar la declaración de concurso<sup>22</sup>. Como excepción a lo anterior, no estará legitimado para solicitar la declaración de concurso aquel deudor que haya adquirido por acto *inter vivos* y a título singular un crédito ya vencido en el momento de la transmisión, *ex art. 3.2 LC*<sup>23</sup>. En el caso únicamente se dice que la sociedad PÁGAME, SL es acreedora de la sociedad concursada, sin aportar más datos acerca de la primera sociedad ni del referido crédito que ostenta frente a la deudora. Por lo que entiendo que no se da la circunstancia descrita en el art. 3.2 LC y que PÁGAME, SL está legitimada para solicitar el concurso necesario de CONSTRUCCIONES BALEA, SA.

## II.1.2. Competencia para conocer del concurso

De lo dispuesto en los arts. 86 ter.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante LOPJ) y 8 LC se desprende que la competencia objetiva y funcional para conocer del concurso de acreedores corresponde en exclusiva al Juez de lo Mercantil<sup>24</sup>.

El art. 10 LC establece las normas de competencia territorial. En caso de que la solicitud de declaración de concurso sea realizada por el deudor, será competente para conocer el Juez de lo Mercantil del lugar donde el concursado tenga su centro principal de intereses<sup>25</sup>. En caso de que la solicitud sea realizada por un acreedor y el lugar donde se encuentre el centro principal de intereses del deudor no coincida con su domicilio, encontrándose éste último en España, también podrá conocer el Juez de lo Mercantil del territorio en donde se encuentre el domicilio, a elección del acreedor<sup>26</sup>. En el caso se dice que el domicilio del administrador único de la sociedad concursada y las oficinas de la misma se encuentran en Cambados y es en esta zona donde se encuentra el núcleo principal de actividad económica de la sociedad, de lo que se deduce que el centro principal de intereses de la concursada se encuentra en la localidad de Cambados, provincia de Pontevedra. Por otro lado, el domicilio social se encuentra sito en la ciudad de A Coruña. Por tanto, serán competentes para conocer del concurso de acreedores el Juez de lo Mercantil de Pontevedra y, por haberlo decidido así la acreedora, también el Juez de lo Mercantil de A Coruña.

La sociedad deudora ha presentado solicitud de declaración de concurso voluntario el día 22 de diciembre ante el Juez de lo Mercantil de Pontevedra, mientras que la acreedora ha presentado solicitud de declaración de concurso necesario ante el Juez de lo Mercantil de A Coruña el día 21 de diciembre. También se dice en el caso que el día 23 de diciembre el Juez de lo Mercantil de

<sup>22</sup> No es necesario que el crédito que este ostenta frente a la concursada esté vencido ni que sea exigible, puesto que la ley autoriza a todo acreedor sin distinción ni limitación alguna. En este sentido, *vid.* HERNÁNDEZ MARTÍ, J., *Presupuesto objetivo del concurso y fundamento de la solicitud*, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 51-53; y HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. DEL M. y ORELLANA CANO, N., “Artículo 3. Legitimación”, pp. 134 y 164-167.

<sup>23</sup> *Vid.* HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. DEL M. y ORELLANA CANO, N., “Artículo 3. Legitimación”, pp. 125-126 y 134; ROJO, Á., “Artículo 3. Legitimación”, pp. 208-210; y HERNÁNDEZ MARTÍ, J. y ALTÉS TÁRREGA, J., *ob. cit.*, p. 53.

<sup>24</sup> *Vid.* GONZÁLEZ NAVARRO, B. A., “Aspectos procesales generales de la ley concursal”, en SANJUÁN Y MUÑOZ, E. (COORD.), *Competencias de los juzgados de lo mercantil: competencias en materia concursal y “competencias añadidas” mercantiles: (sociedades, competencias, publicidad, transportes, propiedad industrial, propiedad intelectual, etc.)*, Tirant lo blanch, 2008, pp. 834-835; GARNICA MARTÍN, J. F., “Aspectos procesales de la Ley Concursal”, en PRENDES CARRIL, P. y MUÑOZ PAREDES, A. (DIRS.), *Tratado judicial de la insolvencia. Tomo II*, Aranzadi, 2012, pp. 811-813; y MASCARELL NAVARRO, M. J. y HERNÁNDEZ MARTÍ, J., “Declaración del concurso”, en HERNÁNDEZ MARTÍ, J. (COORD.), *Concurso e insolvencia punible*, Tirant lo blanch, 2004, pp. 91-92.

<sup>25</sup> Por centro principal de intereses debe entenderse “*el lugar donde el deudor ejerce de modo habitual y reconocible por terceros la administración de tales intereses, lo que significa que es el lugar donde puede contactarse con él, dispone de oficina abierta al público, actúa económicamente en el ámbito de su objeto social y, en definitiva, se relaciona comercialmente con terceros*” Cfr. ROJO, Á. Y BELTRÁN, E., *Legislación y jurisprudencia concursales*, Thomson Reuters - Aranzadi, 2013., p. 79. En el mismo sentido, *vid.* GARCIMARTÍN, F. y VIRGÓ, M., “Artículo 10. Competencia internacional y territorial”, en ROJO, Á. y BELTRÁN, E. (DIRS.), *Comentario de la Ley Concursal. Tomo I*, Thomson – Civitas, 2004 pp. 326-328.

<sup>26</sup> *Vid.* MASCARELL NAVARRO, M. J. y HERNÁNDEZ MARTÍ, J., “Declaración del concurso”, pp. 104-105; GONZÁLEZ NAVARRO, B. A., *ob. cit.*, pp. 859-860; GARNICA MARTÍN, J. F., “Aspectos procesales de la Ley Concursal”, pp. 815-816; HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. DEL M. y ORELLANA CANO, N., “Artículo 10. Competencia internacional y territorial”, en PRENDES CARRIL, P. (DIR.), *Tratado práctico concursal. Tomo I*, Thomson Reuters - Aranzadi, 2009, pp. 310-311; y GARCIMARTÍN, F. y VIRGÓ, M., “Artículo 10. Competencia internacional y territorial”, en ROJO, Á. Y BELTRÁN, E. (DIRS.), *Comentario de la Ley Concursal. Tomo I*, Thomson – Civitas, 2004, p. 342.

Pontevedra dictó auto declarando el concurso de acreedores de la sociedad y que el Juez de lo Mercantil de A Coruña dictó auto admitiendo a trámite la solicitud de declaración de concurso presentada por la acreedora. Cuando sean presentadas solicitudes ante varios Jueces de lo Mercantil competentes, el art. 10.2 LC otorga la competencia al Juez ante el que se presentó en primer lugar la solicitud. En un sentido similar, el art. 15.2 LC establece que una vez admitida a trámite una solicitud de concurso necesario, las presentadas con posterioridad se acumularán a la primera<sup>27</sup>. De este modo, deberá conocer del asunto el Juzgado de lo Mercantil de A Coruña, por ser el que ha recibido temporalmente en primer lugar la solicitud de declaración de concurso.

Por lo tanto, en este caso el concurso tendrá la consideración de necesario<sup>28</sup>, en virtud del art. 22 LC, que establece que cuando la primera solicitud de declaración de concurso sea presentada por un acreedor el mismo tendrá la consideración de necesario<sup>29</sup>.

### II.1.3. Requisitos legales para la declaración del concurso

La Ley Concursal establece dos presupuestos sustantivos que debe cumplir el deudor para poder ser declarado el concurso, estos presupuestos son de carácter subjetivo y de carácter objetivo<sup>30</sup>. Además, algunos autores hablan de un tercer requisito formal, puesto que, como hemos visto, el hecho de que un deudor se encuentre en situación de insolvencia no supone la declaración automática del concurso de acreedores, sino que es imprescindible, previa presentación de solicitud de declaración por parte de algún legitimado, la declaración del mismo por parte del Juez competente, que no puede actuar de oficio<sup>31</sup>.

#### II.1.3.1. Presupuestos subjetivo y objetivo

El art. 1 LC establece que podrán ser declaradas en concurso, siempre que sean deudoras<sup>32</sup>, las personas físicas y jurídicas. Por tanto, podrá ser declaradas en concurso quien ostente personalidad<sup>33</sup>. En el caso se dice que la concursada es una sociedad anónima que se encuentra en

<sup>27</sup> Vid. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. DEL M. y ORELLANA CANO, N., “Artículo 10. Competencia internacional y territorial”, p. 311. En relación con lo dispuesto en el art. 15.2. LC, el AAP de Barcelona, 100/2009, de 15 de marzo de 2009, (AC: 2009/1542), FJ: 2º, aclara que debe entenderse que el artículo se refiere a la solicitud presentada en primer lugar y no a la admitida a trámite en primer lugar, a pesar del tenor literal del artículo, al afirmar que “*El primer inciso, “admitida a trámite la solicitud”, puede inducir a error o a interpretaciones inadecuadas, [...] ya que en consideración aislada puede propiciar el entendimiento de que la solución legal, que es la acumulación de solicitudes, tan sólo puede tener lugar cuando una solicitud ha sido admitida a trámite, prescindiendo de la prioridad determinada por la fecha de su presentación [...]. Hemos de entender que el art. 15.2 LC quiere trasladar y adaptar al ámbito del proceso concursal los efectos propios de la litispendencia, y lo hace de manera coherente con lo dispuesto por el art. 410 LEC (“La litispendencia, con todos sus efectos procesales, se produce desde la interposición de la demanda, si después es admitida”), atendiendo al criterio de prioridad temporal de la presentación de la solicitud de concurso”*”.

<sup>28</sup> Como consecuencia de la consideración de necesario del concurso, la sociedad deudora verá suspendidos sus facultades de administración y disposición de su patrimonio, siendo sustituida por la administración concursal, en virtud del art. 40.2 LC, vid. ROJO, Á. y BELTRÁN, E., “Los efectos del concurso de acreedores”, en MENÉNDEZ, A. y ROJO, Á. (DIRS.), *Lecciones de derecho mercantil. Volumen II*, Thomson Reuters - Civitas, 2015, pp. 504-507.

<sup>29</sup> Vid. HERNÁNDEZ MARTÍ, J. y ALTÉS TÁRREGA, J., “Declaración del concurso”, p. 125. En el mismo sentido, vid. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. DEL M. y ORELLANA CANO, N., “Artículo 22. Concurso voluntario y concurso necesario”, en PRENDES CARRIL, P. (DIR.), *Tratado práctico concursal. Tomo I*, Thomson Reuters - Aranzadi, 2009, pp. 523-531, que extractan una serie de sentencias que en las que se analiza la consideración que debe tener el concurso en el caso de presentación de solicitudes de concurso simultáneas por parte de deudor y acreedor. Siguiendo la línea jurisprudencia apuntada anteriormente, estas sentencias afirman que debe ser tenido en cuenta el momento de presentación de las solicitudes, y no el de su admisión a trámite.

<sup>30</sup> Vid. ROJO, Á. y BELTRÁN, E., “El concurso de acreedores”, en MENÉNDEZ, A. y ROJO, Á. (DIRS.), *Lecciones de derecho mercantil. Volumen II*, Thomson Reuters - Civitas, 2015, p. 483.

<sup>31</sup> Vid. BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de derecho mercantil. Vol. II*, Tecnos, 2016, pp. 587 y ss.

<sup>32</sup> A este respecto, la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias entienden que para que sea declarado el concurso de acreedores será necesaria la existencia de una pluralidad de acreedores. En este sentido, vid. ROJO, Á. y BELTRÁN, E., *Legislación... ob. cit.*, p. 42; BELTRÁN, E., “La liquidación de la sociedad y el concurso de acreedores”, p. 470; y HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. del M., “Solicitud de concurso. La solicitud anticipada” en PRENDES CARRIL, P. y MUÑOZ PAREDES, A. (DIRS.), *Tratado judicial de la insolvencia. Tomo I*, Aranzadi, 2012, pp. 563-564. Este requisito parece cumplido, por existir, al menos, dos acreedores: la sociedad PÁGAME, SL y la Agencia Tributaria.

<sup>33</sup> Vid. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. DEL M. y ORELLANA CANO, N., “Artículo 1. Presupuesto subjetivo”, en PRENDES CARRIL, P. (DIR.), *Tratado práctico concursal. Tomo I*, Thomson Reuters - Aranzadi, 2009, pp. 67-68; ROJO, Á. y



fase de liquidación. Por ser una sociedad anónima goza de personalidad jurídica, que ha adquirido en el momento de su inscripción en el Registro Mercantil *ex art. 33 LSC*<sup>34</sup>. La sociedad no pierde su personalidad por hallarse en liquidación (art. 371.2 LSC), por lo que este hecho no es óbice a su declaración en concurso<sup>35</sup>. En conclusión, la concursada cumple con el presupuesto subjetivo para poder ser declarada en concurso de acreedores: ser persona.

El art. 2 LC establece la insolvencia como presupuesto objetivo del concurso de acreedores. La insolvencia está formada por tres elementos: a) la imposibilidad de cumplir b) regularmente c) las obligaciones exigibles. La insolvencia no es entendida, pues, desde una óptica patrimonial; sino que la concepción de la insolvencia es funcional: será insolvente aquel acreedor que no pueda cumplir sus obligaciones, independientemente de su situación patrimonial<sup>36</sup>. De lo relatado en el caso y del análisis de las cuentas anuales de la sociedad, que dan cuenta de las grandes pérdidas que ha venido arrastrando, parece claro que la sociedad se encontraba en situación de insolvencia en el momento de declaración del concurso. No obstante lo anterior y a pesar de que el presupuesto objetivo de declaración del concurso es único, este concepto opera de manera diferente según sea el propio deudor u otro legitimado el que inste la declaración de concurso<sup>37</sup>. Por lo tanto, será necesario analizar de modo independiente los requisitos exigidos a la deudora, a la hora de presentar la solicitud de declaración de su propio concurso, y los exigidos a la acreedora para presentar la solicitud de declaración de concurso voluntario de la deudora (*vid. infra* II.1.2.2)<sup>38</sup>.

Cabe destacar que los requisitos analizados a continuación deberán concurrir en el momento en que el juez dicte auto declarando el concurso de acreedores de la sociedad<sup>39</sup>. Además, al momento de declaración del concurso, la sociedad concursada deberá contar con masa activa suficiente para satisfacer los créditos contra la masa<sup>40</sup>. Requisito que parece cumplido, por contar la empresa con una un volumen de activo superior al del pasivo de aproximadamente 145.000€ a 31 de diciembre de 2013<sup>41</sup>, que entiendo suficiente para hacer frente a los créditos contra la masa<sup>42</sup>.

---

BELTRÁN, E., “El concurso de acreedores”, p. 483; y ROJO, Á., “Artículo 1. Presupuesto subjetivo”, en ROJO, Á. Y BELTRÁN, E. (DIRS.), *Comentario de la Ley Concursal. Tomo I*, Thomson – Civitas, 2004., p. 144.

<sup>34</sup> Vid. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. DEL M. y ORELLANA CANO, N., “Artículo 1. Presupuesto subjetivo”, pp. 71-72; HERNÁNDEZ MARTÍ, J. y ALTÉS TÁRREGA, J., *ob. cit.*, pp. 35- 37; y ROJO, Á., “Artículo 2. Presupuesto objetivo”, pp. 146-147.

<sup>35</sup> Vid. ROJO, Á. Y BELTRÁN, E., “El concurso de acreedores”, p. 484; ROJO, Á., “Artículo 2. Presupuesto objetivo”, p. 147; HERNÁNDEZ MARTÍ, J. y ALTÉS TÁRREGA, J. *ob. cit.*, p. 39 y HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. DEL M. y ORELLANA CANO, N., “Artículo 1. Presupuesto subjetivo”, p. 73; BELTRÁN, E., “La liquidación de la sociedad y el concurso de acreedores”, pp. 460-461 y 471; y BELTRÁN, E., “La declaración de concurso de acreedores de la sociedad en liquidación”, pp. 1723-1724 y 1729-1730.

<sup>36</sup> Vid. ROJO, Á., “Artículo 2. Presupuesto objetivo”, en ROJO, Á. y BELTRÁN, E. (DIRS.) *Comentario a la ley concursal. Tomo I*, Thomson – Civitas, 2004, pp. 169-172; CARRIL, P., “Artículo 2. Presupuesto objetivo”, en PRENDES CARRIL, P. (DIR.), *Tratado práctico concursal. Tomo I*, Thomson Reuters - Aranzadi, 2009, pp. 88-92; y HERNÁNDEZ MARTÍ, J., *ob. cit.*, pp. 27-41, que añade un nuevo requisito: la liquidez de las obligaciones.

<sup>37</sup> Vid. PRENDES CARRIL, P., “Artículo 2. Presupuesto objetivo”, pp. 85-86. En contra, *vid.* HERNÁNDEZ MARTÍ, J., *ob. cit.*, pp. 21-22, que entiende que existen dos presupuestos: la insolvencia actual y la insolvencia inminente; y ROJO, Á., “Artículo 2. Presupuesto objetivo”, p. 167, que entiende que existen tres presupuestos objetivos diferenciados: la insolvencia inminente (art. 2.3 LC), la insolvencia actual (art. 2.2 LC) y la insolvencia cualificada (art. 2.4 LC).

<sup>38</sup> ROJO, Á., “Artículo 2. Presupuesto objetivo”, pp. 168-169.

<sup>39</sup> Vid. HERNÁNDEZ MARTÍ, J., *ob. cit.*, p. 42.

<sup>40</sup> Vid. ROJO, Á. Y BELTRÁN, E., *Legislación... ob. cit.*, pp. 42-47, que recogen el debate jurisprudencial acerca de si debe o no admitirse a trámite el concurso cuando no exista patrimonio suficiente, siendo la postura jurisprudencial mayoritaria la que entiende que el concurso debe ser admitido y simultáneamente ser declarada la conclusión del mismo por inexistencia de activo (art. 176 bis.4 LC). En el mismo sentido y recogiendo también el debate jurisprudencial, *vid.* HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. del M., “Solicitud de concurso. La solicitud anticipada”, pp. 572-575; y MUÑOZ PAREDES, A., *Tratado judicial de la responsabilidad de los administradores. La responsabilidad societaria. Vol. I*, Thomson reuters – Aranzadi, 2015, pp. 567-566.

<sup>41</sup> Resultado de la siguiente operación: 635.000-490.000. No conocemos cuál es el volumen de activos de la sociedad en el momento de declaración del concurso. Pero sabemos que la sociedad ha recibido un pago de 200.000€, como anticipo de un cliente y que la reducción de activo como consecuencia de la liquidación apresurada de bienes de la sociedad ha sido de 215.000€ [(20.000/0.2 + 45.000/0.25)-(20.000+45.000)], por lo que su activo ha sufrido una reducción neta de 15.000€. El caso no refleja otros posibles cambios en el patrimonio social de envergadura, por lo que podemos suponer que se ha mantenido relativamente estable.

### II.1.3.2 Presupuesto formal

Las partes legitimadas que deseen la declaración del concurso de acreedores deberán presentar solicitud ante el Juez de lo Mercantil competente, que dictará auto declarando el concurso o admitiendo a trámite la solicitud, si del examen de las solicitudes presentadas se desprende la situación de insolvencia del deudor (arts. 14 a 16 LC)<sup>43</sup>. Los requisitos exigibles a las partes legitimadas variarán en función de que sea el propio deudor o un acreedor quien realice la solicitud, por lo que procedo a examinar de modo independiente ambos casos.

#### II.1.3.2.1. Solicitud de la deudora

Cuando sea el deudor quien solicite la declaración de su propio concurso, deberá fundar su petición en a) su endeudamiento y b) en su estado de insolvencia, actual o inminente, *ex art. 2.3 LC*<sup>44</sup>. El deudor deberá aportar la documentación necesaria a tal efecto, en virtud del art. 6 LC, y si de ésta resulta acreditada la insolvencia, el juez deberá dictar auto declarando el concurso de la sociedad (art. 14 LC)<sup>45</sup>. Por tanto, procedo a analizar si en el momento de solicitud de concurso de acreedores voluntario, CONSTRUCCIONES BALEA, SA se encontraba en un estado de endeudamiento e insolvencia.

El endeudamiento del deudor hace referencia al nivel de deudas del mismo, con independencia de la exigibilidad de las mismas, que solo será relevante a la hora de determinar si la insolvencia es actual o inminente<sup>46</sup>. A 31 de diciembre de 2013, el volumen de deudas de la sociedad era de 490.000€, siendo tres veces superior al volumen de sus fondos propios, por lo que parece claro que la empresa presentaba un elevado nivel de endeudamiento<sup>47</sup>. Como ya he puesto de manifiesto, el estado de insolvencia del deudor debe entenderse desde una óptica funcional y no patrimonial. El caso aporta pocos datos en este sentido, puesto que el balance de situación aporta, precisamente, información del estado patrimonial de la empresa. A este respecto, sería mucho más ilustrativo conocer el estado de flujos de efectivo de la sociedad en el momento de solicitud de la declaración del concurso, que nos permitiría analizar su la misma cuenta con liquidez suficiente para hacer frente a sus pagos exigibles<sup>48</sup>.

No obstante, la sociedad viene arrastrando fuertes pérdidas en los últimos años, consecuencia de la fuerte crisis económica sufrida por la economía española, y especialmente el sector de la construcción –en el que opera la sociedad–, que han provocado la despatrimonialización societaria hasta el punto de verse la misma inmersa en una causa legal de disolución (*vid. supra* I.1). Esto hace sospechar que la misma no puede hacer frente a sus deudas, al menos de modo regular<sup>49</sup>; extremo que parece confirmado por el hecho de la Agencia Tributaria haya procedido al embargo de la cuenta

---

<sup>42</sup>En este sentido *vid.* AAP de Madrid, Sección 18ª, 44/2016, de 14 de Marzo, (JUR: 2016/69513), FJ 4º, que entiende que una finca valorada en 467.423 € y con unas cargas por valor de 337.037€ (quedando libres de cargas 130.000€) permitirá atender los créditos contra la masa, por lo que no cabe la apertura y simultánea conclusión del concurso por insuficiencia de masa.

<sup>43</sup> *Vid.* BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *ob. cit.*, pp. 587-588.

<sup>44</sup> *Vid.* HERNÁNDEZ MARTÍ, J. y ALTÉS TÁRREGA, J., “Los presupuestos del concurso y la legitimación para solicitar su declaración”, pp. 51-52; PRENDES CARRIL, P., “Artículo 2. Presupuesto objetivo”, p. 98; y ROJO, Á., “Artículo 2. Presupuesto objetivo”, pp. 173-174.

<sup>45</sup> *Vid.* PRENDES CARRIL, P., “Artículo 2. Presupuesto objetivo”, p. 98; y ROJO, Á., “Artículo 2. Presupuesto objetivo”, pp. 174-175.

<sup>46</sup> *Vid.* HERNÁNDEZ MARTÍ, J., *ob. cit.*, pp. 49-50; y ROJO, Á., “Artículo 2. Presupuesto objetivo”, p. 174.

<sup>47</sup> Siendo el volumen de endeudamiento la proporción existente entre el volumen total de deudas de una compañía (reflejado en el pasivo en el balance de situación) y sus fondos propios. Siendo la expresión matemática: D/FP, la cantidad obtenida es el resultado de la siguiente operación: 490.000€/160.000€ = 3,0625.

<sup>48</sup> *Vid.* HERNÁNDEZ MARTÍ, J., *ob. cit.*, pp. 50-51.

<sup>49</sup> El acreedor que satisface sus obligaciones de modo irregular es insolvente, *vid.* HERNÁNDEZ MARTÍ, J., *ob. cit.*, pp. 34-35. En este sentido, se entiende que la liquidación apresurada de los bienes supone un modo de pago irregular, *vid.* HERNÁNDEZ MARTÍ, J., *ob. cit.*, pp. 72. Por lo que aún en el caso de que la sociedad se encontrase al corriente del pago de sus deudas, cosa que parece improbable, se encontraría igualmente en situación de insolvencia, habida cuenta de que estaba realizando una liquidación apresurada de sus bienes.

corriente de la sociedad, por no ver satisfechos los créditos que ostenta frente a la misma<sup>50</sup>. De esto último se deduce que la sociedad no contaba con medios de pago suficientes para atender sus obligaciones exigibles, encontrándose en un estado de insolvencia actual<sup>51</sup>. Además, el art. 14 LC permite al deudor probar su insolvencia mediante la acreditación de alguno de los hechos presuntos reveladores del art. 2.4 LC<sup>52</sup>. Como veremos, parecen probados los hechos presuntos reveladores de los arts. 2.4.3º y 2.4.4º LC; esto es, la liquidación apresurada o ruinosa de los bienes de la empresa y el impago de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso. Por lo que parece claro que, en el momento en que el juez declaró el concurso de acreedores, la deudora se encontraba en una situación de insolvencia actual, acreditada por la insuficiencia de medios de pago para satisfacer sus obligaciones exigibles y por encontrarnos ante hechos presuntos reveladores del art. 2.4 LC. Siendo, por tanto, procedente la declaración de concurso en base a la solicitud de la concursada.

Una vez llegados a este punto, en que se puede afirmar la situación de insolvencia de la concursada, parece necesario determinar la fecha en que se dio inicio a la situación de insolvencia de la sociedad, habida cuenta de que el art. 5 LC exige al deudor la presentación de la solicitud de su concurso voluntario en el plazo de dos meses desde que conoció o debió conocer de su situación de insolvencia actual<sup>53</sup>. De lo expuesto en el caso no podemos saber en qué momento temporal se produce la situación de insolvencia de la sociedad. Lo único que se nos dice es que a 31 de diciembre de 2013 la concursada se encontraba al corriente del pago de todas sus obligaciones y que el 15 de diciembre de 2014 los socios deciden presentar la solicitud de declaración de concurso voluntario ante el juez, sin disponer de información sobre el estado de solvencia de la empresa en el periodo que media entre esos dos hitos. Por tanto, debemos acudir al art. 5.2 LC, que presume, salvo prueba en contrario, que el deudor conoció su estado de insolvencia en el momento en que acaece alguno de los hechos presuntos reveladores del art. 2.4 LC<sup>54</sup>. El día 2 de octubre de 2014 don Miguel realizó la liquidación apresurada y ruinosa de bienes sociales (art. 2.4.3º LC). De este modo, se presume que el liquidador de la sociedad<sup>55</sup> conocía su situación de insolvencia el día 2 de octubre,

<sup>50</sup> No obstante, sería necesario realizar un análisis en mayor profundidad de la situación, que no es aquí posible. Ya que del simple hecho de que la empresa no cumpla sus obligaciones no se puede deducir su estado de insolvencia, por ser éste la imposibilidad de cumplir y no el mero hecho de incumplir, que puede ser voluntario. En este sentido *vid.* HERNÁNDEZ MARTÍ, J., *ob. cit.*, pp. 29-30.

<sup>51</sup> Al igual que anteriormente, sería necesario realizar un análisis en mayor profundidad de la situación, imposible aquí, antes de concluir que la sociedad es insolvente. Habida cuenta de que la insolvencia es un estado, no siendo insolvente quien momentáneamente no puede satisfacer sus obligaciones, éste último podría ser el caso de CONSTRUCCIONES BALEA, SA; no obstante, no abundaremos aquí en ese extremo. En este sentido *vid.* HERNÁNDEZ MARTÍ, J., *ob. cit.*, pp. 32-33 y PRENDES CARRIL, P., “Artículo 2. Presupuesto objetivo”, pp. 90-91. En contra *vid. vid.* BELTRÁN, E., “La liquidación de la sociedad y el concurso de acreedores”, pp. 473-475; y BELTRÁN, E., “La declaración de concurso de acreedores de la sociedad en liquidación”, pp. 1732, que afirma que “*el presupuesto objetivo del concurso de acreedores de una sociedad en liquidación debe ser exclusivamente la insuficiencia patrimonial: carece de sentido declarar un concurso de acreedores si la sociedad está en liquidación y el activo realizable supera al pasivo exigible. [...] la sociedad en liquidación que cuente con un activo superior al pasivo puede pagar regularmente sus deudas, precisamente a través de la liquidación, que constituye ahora su finalidad*”. Sin embargo, el autor no hace referencia a la posibilidad de que la liquidación se realice de forma apresurada o ruinosa, que, como ya se ha puesto de manifiesto, supondría un modo de pago irregular.

<sup>52</sup> *Vid.* HERNÁNDEZ MARTÍ, J., *ob. cit.*, p. 51.

<sup>53</sup> *Vid.* ROJO, Á. Y BELTRÁN, E., “El concurso de acreedores”, p. 486; HERNÁNDEZ MARTÍ, J. y ALTÉS TÁRREGA, J., *ob. cit.*, pp. 63-64; MORILLAS, M. J., “Artículo 5. Deber de solicitar la declaración de concurso”, en ROJO, Á. Y BELTRÁN, E. (Dirs.), *Comentario de la Ley Concursal. Tomo I*, Thomson – Civitas, 2004, p. 231; y VALENZUELA GARACH, J., *La responsabilidad de los administradores en la disolución y el concurso de las sociedades capitalistas*, Marcial Pons, 2007, pp. 88-89.

<sup>54</sup> *Vid.* ROJO, Á. Y BELTRÁN, E., “El concurso de acreedores”, p. 486; y VALENZUELA GARACH, J., *ob. cit.*, pp. 89-90. En el mismo sentido *vid.* HERNÁNDEZ MARTÍ, J. y ALTÉS TÁRREGA, J., *ob. cit.*, pp. 63-64, que añaden que cuando el deudor es un empresario mercantil éste debió de conocer de su situación de insolvencia de forma anticipada al acaecimiento de los hechos presuntos reveladores, por estar obligado a llevar contabilidad.

<sup>55</sup> En el caso de que el deudor sea una persona jurídica el deber de solicitar la declaración del concurso recae en sus administradores o liquidadores, por lo que es la conducta de éstos la que se debe tomar en consideración, *vid.* MORILLAS, M. J., “Artículo 5. Deber de solicitar la declaración de concurso”, p. 236; y BELTRÁN, E., “La declaración de concurso de acreedores de la sociedad en liquidación”, p. 1734.

mientras que el concurso no fue solicitado hasta el 22 de diciembre, transcurriendo dos meses y veinte días entre uno y otro hecho<sup>56</sup>.

Por lo tanto, se presume, salvo prueba en contrario<sup>57</sup>, que el liquidador no ha cumplido con su obligación de solicitar el concurso de la sociedad insolvente en el plazo de dos meses fijado por el art. 5 LC<sup>58</sup>. Este hecho será relevante en caso de que se forme la sección de calificación.

#### II.1.3.2.2. Solicitud de la acreedora

Cuando la solicitud de declaración de concurso sea realizada por un acreedor, a tenor de lo dispuesto en el art. 2.4 LC, deberá fundarla, en lo que aquí interesa, en uno de los hechos, calificados por la doctrina como <<hechos presuntos reveladores<sup>59</sup> o hechos externos<sup>60</sup>>>: 1º. El sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor; 2º. La existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor; 3º. El alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor; y 4º. El incumplimiento generalizado de determinadas obligaciones, entre las que se encuentran las de pago de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso<sup>61</sup>.

Si el deudor no se opone a la declaración de concurso solicitada por el acreedor, el Juez no comprobará la situación económica de fondo, por lo que no será necesario probar el estado de insolvencia<sup>62</sup>. En la redacción del caso no se hace referencia alguna a oposición ejercida por la concursada a la declaración del concurso instada por PÁGAME, SL; de hecho, la propia deudora solicita la declaración de su propio concurso voluntario. Por tanto, entiendo que en este caso no ha existido oposición de la deudora, siendo suficiente con que la acreedora pruebe, mediante la documentación aportada en virtud del art. 7 LC, alguno de los hechos tasados recogidos en el art. 2.4 LC para que se entienda cumplido el presupuesto objetivo para la declaración del concurso necesario de CONSTRUCCIONES BALEA, SA<sup>63</sup>.

De lo expuesto en el caso parece que nos encontramos ante dos de los hechos presuntos reveladores recogidos en el *numerus clausus* del art. 2.4 LC: a) la liquidación apresurada o ruinosa de los bienes de la empresa (art. 2.4.3º LC), habida cuenta de que don Miguel ha liquidado dos lotes de bienes de la empresa con gran rapidez y por un precio muy inferior al que sería esperable que obtuviese por los mismos de haber actuado con la debida diligencia<sup>64</sup>; y b) el impago generalizado de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso (art.

<sup>56</sup> Vid. STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 269/2016, de 22 de abril, (RJ: 2016/2409), FJ 5º, que afirma que el momento en que el deudor conoció o debió conocer su estado de insolvencia “no es preciso que se referencie a un día exacto, bastando con que pueda situarse en un momento anterior a los dos meses que establece el artículo 5 LC”.

<sup>57</sup> Debe tenerse en cuenta que si no se encontrase la sociedad, en el momento en que se produce la liquidación apresurada de los bienes, en un estado de iliquidez y de incumplimiento de sus obligaciones, se desvirtuaría la presunción del art. 5.2 LC. Puesto que si la sociedad no se encuentra en estado de insolvencia es inmediato que el liquidador no puede conocer la existencia de dicho estado. Para poder afirmar con rotundidad el incumplimiento del deber de solicitud del concurso sería necesario disponer de más datos que los aportados por el caso.

<sup>58</sup> En contra, vid. BELTRÁN, E., “La declaración de concurso de acreedores de la sociedad en liquidación”, p. 1735, que afirma que en caso de sociedad en liquidación los liquidadores solo tienen el deber de solicitar la declaración en caso de insuficiencia patrimonial, por lo que “ni la inminencia de la insolvencia ni la mera iliquidez obligan a los liquidadores a instar el concurso de acreedores, quienes, por tanto, no podrán ser sancionados por el incumplimiento del deber de instar el concurso”.

<sup>59</sup> Vid. ROJO, Á. Y BELTRÁN, E., “El concurso de acreedores”, p. 485; y ROJO, Á. Y BELTRÁN, E., *Legislación y jurisprudencia concursales*, Thomson Reuters - Aranzadi, 2013, pp. 50-51, que citan jurisprudencia que reitera el término <<hechos reveladores>>.

<sup>60</sup> Vid. PRENDES CARRIL, P., “Artículo 2. Presupuesto objetivo”, p. 87; HERNÁNDEZ MARTÍ, J., *ob. cit.*, p. 22 y ROJO, Á., “Artículo 2. Presupuesto objetivo”, p. 167.

<sup>61</sup> Vid. ROJO, Á. Y BELTRÁN, E., “El concurso de acreedores”, pp. 485-486; PRENDES CARRIL, P., “Artículo 2. Presupuesto objetivo pp. 100-104; ROJO, Á., “Artículo 2. Presupuesto objetivo”, pp. 180-193; HERNÁNDEZ MARTÍ, J. y ALTÉS TÁRREGA, J., *ob. cit.*, pp. 54-62.

<sup>62</sup> Vid. PRENDES CARRIL, P., “Artículo 2. Presupuesto objetivo”, pp. 96-97; y ROJO, Á., “Artículo 2. Presupuesto objetivo”, pp. 181-182.

<sup>63</sup> No obstante, ya ha sido probada en el apartado anterior la situación de insolvencia de la deudora.

<sup>64</sup> Vid. HERNÁNDEZ MARTÍ, J., *ob. cit.*, p. 72; y ROJO, Á., “Artículo 2. Presupuesto objetivo”, p. 193.

2.4.4° LC), que se puede deducir del hecho de que la Agencia Tributaria haya embargado la cuenta corriente de la sociedad<sup>65</sup>.

Por lo que parece claro que, en el momento en que el juez declaró el concurso de acreedores, la deudora se encontraba en dos de los supuestos contemplados en el art. 2.4 LC como hechos presuntos reveladores de la insolvencia. Lo que, unido al allanamiento de la deudora, hace suponer procedente la declaración de concurso en base a la solicitud de la acreedora.

---

<sup>65</sup> Es necesario que el incumplimiento con la Hacienda Pública haya sido generalizado, extremo que no se puede probar a la luz de lo enunciado en el caso; puesto que el embargo de la cuenta corriente social podría estar motivado por un impago puntual. En este sentido *vid.* HERNÁNDEZ MARTÍ, J., *ob. cit.*, pp. 73-74; y ROJO, Á., “Artículo 2. Presupuesto objetivo”, p. 191. No obstante, la difícil situación económica atravesada por la sociedad, su elevado nivel de endeudamiento y la conducta defraudatoria de la misma, que ha eludido el pago de determinadas cantidades del Impuesto de Sociedades en años anteriores, permiten suponer que el incumplimiento con la Agencia Tributaria ha sido generalizado.

## II.2. EFECTOS SOBRE LOS CONTRATOS DE LA DECLARACIÓN DEL CONCURSO

En que se dictaminan los efectos que la declaración del concurso de acreedores produce sobre los contratos vigentes en el momento de la declaración del mismo y sobre la facultad de las partes para resolverlos.

En el caso se dice que, en el momento de declaración del concurso, la sociedad CONSTRUCCIONS BALEA, SA se encontraba en fase de liquidación. Esto supone una actividad tendente a la extinción de los vínculos que la sociedad mantiene con terceros<sup>66</sup>, lo que implica, entre otros múltiples aspectos, la finalización de los contratos. En lo referente a la fase de liquidación de la sociedad, en el caso solo se hace referencia a la enajenación de dos lotes de bienes sociales por parte del liquidador. Por lo tanto, entenderé que los contratos de compraventa y agencia referidos en el caso siguen plenamente vigentes en el momento de declaración del concurso de la sociedad y procederé a analizar los efectos que la declaración del concurso provoca sobre los mismos<sup>67</sup>.

En lo que aquí interesa, el art. 142.1 LC legitima al deudor a solicitar la apertura de la fase de liquidación en cualquier momento, mientras que el art. 142.3 LC dispone que la administración concursal podrá solicitar la apertura de la fase de liquidación de producirse el cese de la actividad empresarial del deudor<sup>68</sup>. En el caso se dice que la sociedad se encontraba disuelta, lo que supone la finalización de su actividad empresarial, y en fase de liquidación en el momento de declaración del concurso. Por tanto, es posible que sea solicitada la apertura de la fase de liquidación en el momento inicial del concurso y que se produzca la superposición de las fases común y de liquidación<sup>69</sup>. A este respecto, el art. 147 LC dispone que durante la fase de liquidación seguirá rigiendo lo dispuesto en el Título III de la ley en todo lo que no se oponga a lo dispuesto en el capítulo regulador de la liquidación<sup>70</sup>. Lo anterior supone que en materia de contratos seguirá rigiendo lo dispuesto en los arts. 61 a 63 LC, con la especialidad contenida en el art. 146 LC. Por lo que analizaré los efectos que los arts. 61 a 63 LC tienen sobre los contratos, sin realizar mayores consideraciones al respecto.

El art. 61.3 LC establece que se tendrán por no puestas las cláusulas que establezcan la resolución de los contratos por la sola causa de la declaración de concurso de acreedores de alguna de las partes, puesto que la regla general es la continuidad de la vigencia de los contratos sinalagmáticos<sup>71</sup>. Por tanto, la cláusula que estipula la resolución automática de los contratos de compraventa en caso de la declaración de concurso de cualquiera de las partes debe tenerse por no puesta, regulándose la vigencia o resolución de los mismos en los arts. 61 y 62 LC.

No obstante, el art. 63.2 LC admite la vigencia de la cláusula que estipule la resolución del contrato por causa del concurso de una de las partes cuando la ley disponga o permita expresamente a las partes pactar en este sentido, permitiendo en estos casos la rescisión del contrato<sup>72</sup>. El art.

<sup>66</sup> Vid. BATALLER, J. “La disolución” en ROJO, Á. y BELTRÁN, E. (DIRS.), *Disolución y liquidación de sociedades mercantiles*, Tirant lo blanch, 2009, pp. 23-24.

<sup>67</sup> La apertura de la fase de liquidación no supone la resolución automática de los contratos que la sociedad tuviere en vigor, debiendo velar los liquidadores por su cumplimiento salvo que éstos tengan una duración indefinida o un periodo de vigencia que exceda la duración de lo aconsejable en fase de liquidación. En este sentido, *vid.* MUÑOZ PAREDES, A., *Tratado judicial... ob. cit.*, p. 605.

<sup>68</sup> Vid. MARTÍNEZ-UCEDA CALATRAVA, C., “De la fase de liquidación”, en LÓPEZ LÓPEZ, E. y MACÍAS CASTILLO A., *Comentario práctico a la nueva ley concursal*, La Ley, 2012, pp. 692-694.

<sup>69</sup> Vid. MARTÍNEZ-UCEDA CALATRAVA, C., “De la fase de liquidación”, p. 693.

<sup>70</sup> Vid. *Ibidem*, p. 703.

<sup>71</sup> Vid. FINEZ RATÓN, J. M., “Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas”, en PRENDES CARRIL, P. (DIR.), *Tratado práctico concursal. Tomo II*, Thomson Reuters - Aranzadi, 2009, pp. 635-636; y MARTÍNEZ-FLÓREZ, A., “Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas”, en ROJO, Á. Y BELTRÁN, E. (DIRS.), *Comentario de la Ley Concursal. Tomo I*, Thomson – Civitas, 2004, pp. 1155-1156 y 1158-1159.

<sup>72</sup> Vid. FINEZ RATÓN, J. M., “Artículo 63. Supuestos especiales”, en PRENDES CARRIL, P. (DIR.), *Tratado práctico concursal. Tomo II*, Thomson Reuters - Aranzadi, 2009, pp. 672-673; MARTÍNEZ-FLÓREZ, A., “Artículo 63. Supuestos especiales”, en ROJO, Á. Y BELTRÁN, E. (DIRS.), *Comentario de la Ley Concursal. Tomo I*, Thomson – Civitas, 2004, pp. 1175-1176 y 1179-1180; MARTÍNEZ GALLEGU, E. M., “Artículo 63. Supuestos especiales”, en LÓPEZ LÓPEZ, E. y MACÍAS CASTILLO A., *Comentario práctico a la nueva ley concursal*, La Ley, 2012, pp. 365-366.

26.1.b de la Ley 12/1992, de 27 mayo, de Contrato de Agencia (en adelante LCA) permite al contratante no concursado la denuncia unilateral del contrato cuando la otra parte hubiere sido declarada en concurso<sup>73</sup>. De este modo, el contrato de agencia podrá ser resuelto de modo unilateral por la agente, doña Aida, en virtud del art. 63 LC en relación con el art. 26.1.b LCA.

## II.2.1. Contratos de compraventa

La regla general es que la declaración del concurso de acreedores no produce por si sola efecto alguno sobre los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, por alguna o ambas partes, celebrados con anterioridad a la declaración del concurso. Por tanto, la regla general es la continuidad de la vigencia de los contratos, *ex art. 61 LC*<sup>74</sup>. No obstante, debemos diferenciar si nos encontramos ante contratos pendientes de cumplimiento por una sola parte o por ambas, puesto que la LC dispone efectos diferentes en función de que nos encontremos ante uno u otro supuesto. De este modo, si en el momento de declaración del concurso el contrato ha sido cumplido íntegramente por una de las partes, el crédito o la deuda, en su caso, tendrá la consideración de concursal, integrándose en la masa activa o pasiva según proceda (art. 61.1 LC). Por contra, si en el momento de declaración del concurso el contrato se encuentra pendiente de cumplimiento por ambas partes, las obligaciones del concursado deberán satisfacerse con cargo a la masa (art. 61.2.I LC), excepto que se proceda a su resolución en interés del concurso (art. 61.2.II LC)<sup>75</sup>.

En el caso se hace referencia a sendos contratos de compraventa de vivienda unifamiliar firmados entre la concursada CONSTRUCCIONES BALEA, SA y don Rafael y doña Julia. Siendo éstos contratos bilaterales de tracto único en el que la obligación principal del vendedor es la entrega de la cosa y la del comprador el pago del precio<sup>76</sup>, a tenor de lo dispuesto en el art. 1445 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (en adelante CC)<sup>77</sup>. Encuadrándose, por tanto, éstos contratos dentro del ámbito de aplicación de los artículos 61 a 63 LC. De lo expuesto en el caso y lo anterior parece claro que el contrato de compraventa firmado entre don Rafael y la concursada ha sido cumplido íntegramente por el comprador; mientras que el contrato de compraventa firmado entre doña Julia y la concursada se encuentra pendiente de cumplimiento por ambas partes. Como ya se ha puesto de manifiesto, la declaración de concurso producirá diferentes efectos en uno y otro caso, por lo que procederé a analizar con detenimiento cada uno de los contratos.

### II.2.1.1. Contrato íntegramente cumplido por la parte *in bonis*

De la lectura del art. 1445 CC y de lo expuesto en el caso, se deduce que la obligación asumida por don Rafael, en su posición de comprador, en relación con la concursada consiste en el

<sup>73</sup> Vid. FINEZ RATÓN, J. M., “Artículo 63. Supuestos especiales”, p. 673; MARTÍNEZ GALLEGO, E. M., “Artículo 63. Supuestos especiales”, pp. 1185-1886; MARTÍNEZ-FLÓREZ, A., “Disposición final vigésima novena. Reforma de la Ley sobre Contrato de agencia”, en ROJO, Á. Y BELTRÁN, E. (DIRS.), *Comentario de la Ley Concursal. Tomo II*, Thomson – Civitas, 2004, pp. 3319-3321; y ROJO, Á. Y BELTRÁN, E., *Legislación... ob. cit.*, p. 223.

<sup>74</sup> Vid. MARTÍNEZ-FLÓREZ, A., “Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas”, pp. 1121-1122; que afirma expresamente que el contrato de compraventa es un contrato sinalagmático al que es de aplicación el art. 61 LC. En el mismo sentido, *vid.* ROJO, Á. Y BELTRÁN, E., *Legislación... ob. cit.*, pp. 185-188, que también afirman expresamente lo anterior; MARTÍNEZ GALLEGO, E. M., “Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas”, en LÓPEZ LÓPEZ, E. y MACÍAS CASTILLO A., *Comentario práctico a la nueva ley concursal*, La Ley, 2012, pp. 350-351, que también hace referencia expresa al contrato de compraventa; AZNAR GINER, E., *La resolución del contrato en interés del concurso. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, Tirant lo blanch, 2012, pp. 17-18, que define qué debe entenderse por obligaciones recíprocas, con amplia cita de jurisprudencia; y FINEZ RATÓN, J. M., “Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas”, pp. 623-628.

<sup>75</sup> Vid. ROJO, Á. Y BELTRÁN, E., “Los efectos del concurso de acreedores”, pp. 515-516; MARTÍNEZ-FLÓREZ, A., “Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas”, pp. 1125; MARTÍNEZ GALLEGO, E. M., “Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas”, pp. 351-352; ROJO, Á. Y BELTRÁN, E., *Legislación... ob. cit.*, p. 187; y SAP de Coruña, Sección 4ª, 384/2011, de 16 de septiembre, (JUR: 2011/349599), FJ 4º.

<sup>76</sup> Vid. SAP de Coruña, de 16 de septiembre de 2011, FJ 4º, y SAP de Barcelona, Sección 15ª, 311/2010, de 7 octubre, (JUR: 2011/183110), FJ 3º.

<sup>77</sup> A cerca de la naturaleza civil de la compraventa de inmuebles, *vid.* art. 325 CdC y la STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 673/2013, de 31 octubre, (RJ 2013\7259), FJ 6º.

pago del precio de 200.000€ antes de la entrega de la vivienda, pactada para el día 15 de enero de 2017. En el caso se dice que don Rafael procedió al abono íntegro del precio el día 1 de septiembre de 2014. Por lo que parece claro que don Rafael cumplió íntegramente con su obligación antes de la declaración del concurso de CONSTRUCCIONES BALEA, SA, que trae fecha del mes de diciembre 2014. En el caso nada se dice a cerca de la obligación asumida por la concursada, en su posición de vendedora, frente a don Rafael como consecuencia del contrato de compraventa: la construcción de una vivienda unifamiliar. No obstante, del cese de la actividad social como consecuencia de la disolución de la sociedad tres meses después de la firma del contrato y del silencio del caso en este sentido, podemos deducir que la concursada no había cumplido, al menos totalmente, con su obligación contractual en el momento de su declaración en concurso.

De este modo, por haberse producido el cumplimiento íntegro de sus obligaciones por parte del comprador y no haber cumplido con sus obligaciones la parte concursada en el momento de su declaración en concurso, es de aplicación el art. 61.1 LC. Por lo que la parte *in bonis* no puede solicitar la resolución del contrato, incluso aun que la declaración del concurso suponga el incumplimiento del contrato por parte de la deudora<sup>78</sup>. Incumplimiento que parece sumamente probable toda vez que la sociedad se ha disuelto y ha cesado su objeto social: la promoción y construcción de viviendas. Así, pues, el contrato seguirá desplegando plenos efectos jurídicos tras la declaración del concurso y el crédito que la parte *in bonis* ostenta frente a la concursada deberá integrarse en la masa pasiva del concurso.

#### II.2.1.2. Contrato pendiente de cumplimiento por ambas partes

De lo expuesto en el caso se deduce que ninguna de las partes ha cumplido, al menos íntegramente, con su obligación contractual en el momento de la declaración del concurso de acreedores: doña Julia por su expresa voluntad de aguardar a la entrega de llaves para realizar el pago del precio, que no se ha producido antes de la declaración del concurso, a la luz de los hechos expuestos en el caso; la concursada por no haber finalizado la construcción de la vivienda con anterioridad a la declaración de su declaración en concurso, como ya se ha puesto de manifiesto.

Por no haberse producido el cumplimiento íntegro del contrato por ninguna de las partes con anterioridad a la declaración del concurso de CONSTRUCCIONES BALEA, SA, será de aplicación el art. 61.2.I LC. De este modo, el contrato mantendrá su vigencia y la prestación a que está obligada la concursada deberá realizarse a cargo de la masa<sup>79</sup>.

##### II.3.1.2.1 Resolución en interés del concurso

No obstante lo anterior, el art. 61.2.II LC faculta a la administración concursal, en caso de suspensión, a solicitar la resolución de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes cuando entienda que esto redundará en beneficio del concurso, sin que sea necesario para ello que exista incumplimiento<sup>80</sup>.

El interés del concurso es un concepto jurídico indeterminado, cuya determinación no está exenta de debate. La doctrina y jurisprudencia mayoritarias entienden que el interés del concurso es la máxima satisfacción del interés de los acreedores, matizando que debe buscarse también la continuidad de la empresa, si bien esto último estará subordinado al fin principal de satisfacer a los acreedores. Por tanto, parece claro que la resolución será de interés para el concurso cuando los acreedores vean sus derechos satisfechos en mayor grado de producirse la resolución contractual que de mantener en vigor el contrato; por lo que de no ser así el contrato deberá conservar su vigencia<sup>81</sup>.

<sup>78</sup> Vid. MARTÍNEZ-FLÓREZ, A., “Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas”, pp. 1140-1141; y ROJO, Á. Y BELTRÁN, E., *Legislación... ob. cit.*, p. 188.

<sup>79</sup> Vid. MARTÍNEZ-FLÓREZ, A., “Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas”, pp. 1143-1144; ROJO, Á. Y BELTRÁN, E., *Legislación... ob. cit.*, pp. 195-196.

<sup>80</sup> Vid. AZNAR GINER, E., *ob. cit.*, pp.15-18; BLASCO GASCÓ, F. DE P., *Declaración en concurso y contratos. Resolución sin cumplimiento y cumplimiento sin resolución*, Tirant lo blanch, 2009, pp. 47-49; MARTÍNEZ-FLÓREZ, A., “Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas”, pp. 1146-1147; FINEZ RATÓN, J. M., “Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas”, pp. 628-629; y ROJO, Á. Y BELTRÁN, E., *Legislación... ob. cit.*, p. 205.

<sup>81</sup> Vid. AZNAR GINER, E., *ob. cit.*, pp. 32-35 y BLASCO GASCÓ, F. DE P., *ob. cit.*, pp. 40-47, ambos realizan una síntesis de las diferentes posturas doctrinales y jurisprudenciales; y ROJO, Á. Y BELTRÁN, E., *Legislación... ob. cit.*, pp. 205-206.



Pero resulta todavía necesario decidir los criterios que se deben usar para determinar cuándo es conveniente al interés del concurso la resolución de un contrato y cuándo no, cuestión nada sencilla<sup>82</sup>. Son múltiples los criterios y aspectos que se deben tener en cuenta, puesto que no es, generalmente, tarea sencilla determinar si la resolución del contrato es o no en interés del concurso, dada la gran incertidumbre que rodea a todo el proceso concursal en numerosas ocasiones. Siguiendo a la profesora MARTÍNEZ-FLÓREZ, A., y siendo consciente de lo limitado de mi análisis en este aspecto, entenderé que existe interés del concurso y que la resolución es beneficiosa para el concurso cuando la misma permita satisfacer los intereses de los acreedores concursales en mayor grado que el que sería posible de cumplirse con el contrato. Por lo que cuando la cuantía de la deuda sea superior a la del crédito procederá la resolución en interés del concurso<sup>83</sup>.

Llegados a este punto es posible argumentar tanto a favor como en contra de la resolución del contrato de compraventa en interés del concurso.

a) Argumento a favor de la resolución es que la sociedad concursada se encuentra disuelta y en fase de liquidación, lo que supone que ha cesado en el ejercicio de su actividad empresarial. Por lo que parece claro que la sociedad no podrá cumplir con su obligación contractual, la entrega de una vivienda de nueva construcción; al menos no en las condiciones necesarias para obtener algún beneficio con la operación<sup>84</sup>.

b) Argumento en contra de la resolución es, en primer lugar, que “*no cabe identificar interés del concurso con la mera imposibilidad de cumplir de la concursada*”<sup>85</sup>. A mayor abundamiento, la concursada está abocada a la liquidación, suponiendo esto último la extinción de la relación contractual. Por tanto, por un lado, a pesar del mantenimiento de la vigencia del contrato, parece claro que la concursada no incurrirá en coste alguno para su ejecución, habida cuenta de su imposibilidad para ejecutar el mismo; existiendo, además, la remota posibilidad de que la parte *in bonis* efectúe el pago del precio acordado, incrementando, así, la masa activa del concurso. Por otro lado, la resolución del contrato no beneficia al concurso, sino que produce efectos neutros con respecto al mismo, por producirse los mismos efectos extintivos al momento de apertura de la fase de liquidación y no existir obligación para ninguna de las partes de reintegrar a la otra las prestaciones ya realizadas, toda vez que ninguna de las partes ha cumplido, siquiera parcialmente, con sus obligaciones. Por tanto, la concursada debería abonar con cargo a la masa los daños y perjuicios causados a la parte *in bonis*, en su caso, sin recibir contrapartida alguna, pudiendo llegar a ser perjudicial para el concurso la resolución del contrato.

Por todo lo anterior, entiendo que no cabe resolución en interés del concurso. Ya que parece que no tendrá efecto significativo alguno en la masa activa del concurso; al contrario, es posible que la misma se vea disminuida como consecuencia del pago de la correspondiente indemnización por daños y perjuicios con cargo a la masa<sup>86</sup>.

#### II.3.1.2.2. Resolución por incumplimiento

Antes de proceder al análisis, cabe destacar que, a los efectos de posibles incumplimientos contractuales, la fecha de resolución de este caso es el mes de febrero de 2017.

<sup>82</sup> Vid. AZNAR GINER, E., *ob. cit.*, pp. 35-47 y BLASCO GASCÓ, F. DE P., *ob. cit.*, pp. 42-43 y 47, ambos recogen varias opiniones doctrinales y jurisprudenciales.

<sup>83</sup> Vid. MARTÍNEZ-FLÓREZ, A., “Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas”, pp. 1146-1148.; AZNAR GINER, E., *ob. cit.*, pp. 35-37 y BLASCO GASCÓ, F. DE P., *ob. cit.*, pp. 42-49, recogiendo ambos la argumentación de MARTÍNEZ-FLÓREZ, A.

<sup>84</sup> Debemos suponer que la actual situación de disolución y liquidación de la sociedad, que ha supuesto el abandono de su actividad empresarial y la enajenación de parte de su activo, hacen arto difícil que la sociedad pueda obtener un beneficio económico derivado de la realización del contrato de compraventa.

<sup>85</sup> Cfr. AZNAR GINER, E., *ob. cit.*, p. 38.

<sup>86</sup> Generalmente, cuando se acepta la resolución de contratos en interés del concurso se trata de contratos de tracto sucesivo que generan una obligación de pago periódica por parte del deudor, que no obtiene contrapartida alguna del mismo por haber cesado en el ejercicio de su actividad económica (por ejemplo: contratos de arrendamiento de maquinaria o suministro), o bien de compraventa de un solar para la realización de una promoción inmobiliaria que no será posible ejecutar. En este sentido, vid. ROJO, Á. Y BELTRÁN, E., *Legislación... ob. cit.*, 207-208.

En virtud del art. 62.1 LC, la declaración de concurso no afecta a la facultad de resolución de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes por incumplimiento posterior a la declaración del concurso<sup>87</sup>. Por lo que, de continuar en vigor el contrato en la actualidad, es posible que quepa su resolución por incumplimiento. A la hora de instar la resolución por incumplimiento contractual en sede de concurso, deben observarse los requisitos propios de la resolución exigidos por el art. 1124 CC, con excepción del requisito de previo requerimiento notarial o judicial (art. 1504 CC). Así, pues, para poder solicitar la resolución, deben darse dos circunstancias: a) el incumplimiento debe referirse a una obligación principal y ser grave y esencial, de tal modo que frustre la finalidad del contrato y b) que la parte que solicita la resolución haya cumplido las obligaciones que le sean exigibles<sup>88</sup>. A este respecto, el TS entiende que existe incumplimiento esencial cuando se produce un retraso significativo en la entrega del inmueble con respecto al plazo pactado, siendo éste motivo suficiente para solicitar la resolución por incumplimiento<sup>89</sup>. En cuanto al segundo de los requisitos, debe entenderse cumplido por no ser exigible a doña Julia el pago del precio hasta el momento de entrega de la vivienda.

En el caso se dice que el plazo de entrega pactado se cumplía el día 15 de enero de 2017, por lo que en el momento actual, febrero de 2017, ha transcurrido a lo sumo un mes desde el momento del incumplimiento, con lo que parece de difícil encaje el caso en la doctrina de incumplimiento por retraso significativo del TS. No obstante, la sociedad vendedora fue disuelta e inició la fase de liquidación transcurridos apenas unos meses desde la firma del contrato. Podemos suponer cabalmente que este hecho paralizó las obras de construcción de las viviendas prometidas. De este modo, atendidas las concretas circunstancias que rodean el caso, en que las obras de construcción fueron paralizadas en su fase inicial y la sociedad vendedora se encuentra disuelta, lo que la imposibilita para cumplir con su obligación de entregar una vivienda de nueva construcción, podemos afirmar que se ha producido un incumplimiento básico y esencial del contrato, al verse frustrado el fin del mismo<sup>90</sup>. Por tanto, entiendo que cabe la resolución por incumplimiento del contrato de compraventa entre doña Julia y la sociedad concursada. Lo que supondrá la extinción tanto de la obligación del pago del precio por parte de doña Julia, como de la obligación de entregar una vivienda de nueva construcción por parte de la concursada. Amén del resarcimiento de daños y perjuicios con cargo a la masa, de ser el caso, *ex art. 62.4 LC*<sup>91</sup>.

Habida cuenta de lo anterior, el art. 62.3 LC faculta al juez para acordar el cumplimiento del contrato en interés del concurso aun que exista causa de resolución<sup>92</sup>. En este caso parece claro que el mantenimiento del contrato incumplido no redundaría en beneficio del concurso, toda vez que la concursada no se encuentra en disposición de cumplir el mismo. Es más, no cabe la posibilidad de mantener la vigencia del contrato incumplido cuando no se puede asegurar fehacientemente el cumplimiento del mismo por parte del deudor<sup>93</sup>. Por tanto, entiendo que no cabe la aplicación del art. 62.3 LC a este caso y, de solicitar la parte *in bonis* la resolución por incumplimiento del contrato de compraventa, ésta deberá ser acordada por el juez.

<sup>87</sup> Vid. MARTÍNEZ-FLÓREZ, A., “Artículo 62. Resolución por incumplimiento”, en ROJO, Á. y BELTRÁN, E. (DIRS.), *Comentario de la Ley Concursal. Tomo I*, Thomson – Civitas, 2004, p. 1163; BLASCO GASCÓ, F. DE P., *ob. cit.*, pp. 85-86; y MARTÍNEZ GALLEGU, E. M., “Artículo 62. Resolución por incumplimiento”, en LÓPEZ LÓPEZ, E. y MACÍAS CASTILLO A. (COORD.), *Comentario práctico a la nueva ley concursal*, La Ley, 2012, pp. 358-359.

<sup>88</sup> Vid. BLASCO GASCÓ, F. DE P., *ob. cit.*, pp. 89-95; y MARTÍNEZ GALLEGU, E. M., “Artículo 62. Resolución por incumplimiento”, p. 360.

<sup>89</sup> Existe una amplia doctrina del TS en este sentido, *vid.* por todas la STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 744/2014, de 22 de diciembre, (RJ: 2014/6406), FJ 2º y FJ 3º.

<sup>90</sup> En este sentido, *vid.* SAP de Alicante, Sección 8ª, 361/2010, de 9 de septiembre, (JUR: 2010/391252), FJ 3º, que en un caso similar en que no se había dado inicio a la construcción de las viviendas y encontrándose la misma paralizada entiende que no se podrá cumplir el contrato y cabe la resolución.

<sup>91</sup> Vid. MARTÍNEZ-FLÓREZ, A., “Artículo 62. Resolución por incumplimiento”, pp. 1171-1172; BLASCO GASCÓ, F. DE P., *ob. cit.*, pp. 64-65; y MARTÍNEZ GALLEGU, E. M., “Artículo 62. Resolución por incumplimiento”, pp. 363-364.

<sup>92</sup> Vid. MARTÍNEZ-FLÓREZ, A., “Artículo 62. Resolución por incumplimiento”, p. 1167; BLASCO GASCÓ, F. DE P., *ob. cit.*, p. 66; y MARTÍNEZ GALLEGU, E. M., “Artículo 62. Resolución por incumplimiento”, p. 364.

<sup>93</sup> Vid. MARTÍNEZ-FLÓREZ, A., “Artículo 62. Resolución por incumplimiento”, p. 1169; BLASCO GASCÓ, F. DE P., *ob. cit.*, p. 74; y ROJO, Á. Y BELTRÁN, E., *Legislación... ob. cit.*, p. 217.

## II.2.2. Contrato de agencia

Como ya se ha puesto de manifiesto (*vid. supra* II.2) el art. 63.2 LC contiene una regla especial que, en relación con el art. 26.1.b LCA, permite la resolución del contrato de agencia con causa en la declaración de concurso de acreedores de una de las partes. Por tanto, la agente, doña Aida, está plenamente facultada para rescindir de modo unilateral el contrato de agencia que la vincula con la sociedad concursada, en su condición de principal.

De este modo, doña Aida puede finalizar el contrato con efecto inmediato, sin necesidad de preaviso, comunicando, mediante escrito dirigido a la administración concursal, su intención de concluir el citado contrato con causa en la declaración de concurso del principal<sup>94</sup>. La ley no fija plazo alguno para realizar la denuncia del contrato. No obstante, en virtud del principio de buena fe, el plazo en que se ejerza este derecho debe ser razonable<sup>95</sup>. En el caso se dice que la concursada recibe escrito solicitando la resolución del contrato de agencia el día 28 de diciembre y que el auto de admisión a trámite de la solicitud de concurso tiene fecha del 23 de diciembre –no se indica la fecha en que se dicta el auto de declaración de concurso<sup>96</sup>-. En todo caso, parece claro que la solicitud de resolución del contrato de agencia formulada por doña Aida es conforme a derecho y tiene plena eficacia jurídica, debiendo desestimarse la oposición formulada por la administración concursal por carecer de fundamento. Por lo que la denuncia producirá la extinción inmediata de la relación contractual a la recepción de la notificación escrita por parte de la administración concursal (art. 26.2 LCA)<sup>97</sup>.

Como consecuencia de la resolución del contrato, el agente tendrá, en su caso, derecho a reclamar la indemnización por clientela; puesto que, a pesar de haber denunciado el contrato, la denuncia tiene causa en circunstancias imputables al principal concursado (art. 28 LCA en relación con el art. 30.b LCA). Esta indemnización tendrá la consideración de crédito concursal, debiendo ser comunicado en el plazo de un mes a contar desde el día de publicación en el Boletín Oficial del Estado del auto de declaración del concurso<sup>98</sup>. No obstante, para que proceda el derecho de indemnización por clientela, el incremento de clientes u operaciones del que trae causa debería seguir produciendo ventajas sustanciales al principal. En el caso se dice que la sociedad se encuentra disuelta y en fase de liquidación, por lo que es harto difícil que la mayor clientela que hubiere aportado el agente le suponga ventaja alguna<sup>99</sup>. De lo expuesto en el caso podemos deducir, con un elevado grado de seguridad, que la concursada no podrá aprovechar el posible incremento de clientela producido por la actividad del agente. Por lo tanto, no procederá la indemnización por clientela y la rescisión del contrato de agencia no tendrá repercusiones patrimoniales.

<sup>94</sup> *Vid.* MARTÍNEZ-FLÓREZ, A., “Disposición final vigésima novena. Reforma de la Ley sobre Contrato de agencia”, pp. 3321-3322.

<sup>95</sup> En este sentido, *vid.* MARTÍNEZ-FLÓREZ, A., “Disposición final vigésima novena. Reforma de la Ley sobre Contrato de agencia”, pp. 3322-3324, que tras una larga argumentación concluye que sería razonable entender que el plazo en que se debe ejercer el derecho de resolución es el de un mes a contar desde el día de declaración del concurso.

<sup>96</sup> No obstante, podemos deducir que la fecha de en que se dicta el auto declarando el concurso de CONSTRUCCIONES BALEA, SA ha debido producirse en una fecha próxima al día en que se dicta en auto admitiendo a trámite la solicitud de concurso –en todo caso antes del día 28 de diciembre de 2014-, habida cuenta de lo dispuesto en el art. 18.1 LC y lo expuesto en el caso, en el que se afirma que un día después de la presentación de solicitud de concurso por la acreedora PÁGAME, SL, y antes de ser emplazada, la concursada ha solicitado la declaración de su propio concurso de acreedores.

<sup>97</sup> *Vid.* MARTÍNEZ-FLÓREZ, A., “Disposición final vigésima novena. Reforma de la Ley sobre Contrato de agencia”, p. 3325.

<sup>98</sup> *Vid.* MARTÍNEZ-FLÓREZ, A., “Disposición final vigésima novena. Reforma de la Ley sobre Contrato de agencia”, pp. 3325-3326.

<sup>99</sup> Prácticamente el único modo en que el incremento de clientela aportado por el agente suponga una ventaja para la concursada es que se produzca la transmisión en bloque de la misma, o de su marca, reflejándose en el precio mayor valor de las mismas como consecuencia de su mayor clientela; esto es, en la existencia de un fondo de comercio como consecuencia de la actividad del agente (*Vid.* Martínez-Flórez, A., “Disposición final vigésima novena. Reforma de la Ley sobre Contrato de agencia”, p. 3325).

## II.3. CALIFICACIÓN DEL CONCURSO

En que se dictamina cuál será la calificación del concurso, fortuito o culpable, en caso de formación de la sección sexta, de calificación.

Tras la reforma operada en la Ley Concursal por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante Ley 38/2011), se regula en el art. 167 LC la apertura de la sección de calificación, sección sexta según el art. 183.6º LC, que se formará excepto que el deudor haya logrado alcanzar un convenio no gravoso con los acreedores<sup>100</sup>. Si la empresa en liquidación no es reactivada, en ningún caso podrá alcanzar un convenio con sus acreedores, siendo imperativa la apertura de la fase de liquidación concursal<sup>101</sup>. Por lo que “*en condiciones normales el concurso de la sociedad en liquidación no podrá finalizar por convenio – por acuerdo entre el deudor y los acreedores–, sino que exigirá la apertura de la fase de liquidación*”<sup>102</sup>. De lo que se deduce que, en este caso, la probabilidad de apertura de la sección de calificación es sumamente elevada<sup>103</sup>.

Como se expone a continuación, el concurso tendrá la consideración de culpable, siendo don Miguel, en su condición de liquidador social, persona afectada por la calificación. Por lo que, en virtud de los arts. 172.2 y 172 bis.1 LC, será en todo caso inhabilitado como administrador y para el ejercicio del comercio por un plazo de entre dos a quince años. Además, perderá cualquier derecho de crédito que ostente frente a la sociedad concursada y, en su caso, deberá devolver los bienes o derechos que hubiere obtenido indebidamente e indemnizar los daños y perjuicios causados. Por último, y en su caso, estará personalmente obligado a cubrir, total o parcialmente, el déficit concursal, en virtud de la responsabilidad concursal<sup>104</sup>. Las consecuencias patrimoniales de la calificación como culpable del concurso serán analizadas con mayor detenimiento al analizar la responsabilidad civil del administrador y liquidador social (*vid. infra* II.4).

El concurso de acreedores puede ser calificado como culpable o fortuito, *ex art.* 163.1 LC. El concurso será culpable cuando concurra alguno de los requisitos de los arts. 164 y 165 LC, mientras que el concurso fortuito es definido en sentido negativo, por oposición a estos artículos<sup>105</sup>. El art. 172.2.1º LC exige la determinación de las personas afectadas por la calificación y, en su caso, de los

<sup>100</sup> Vid. MUÑOZ PAREDES, A., “La calificación del concurso. Sentencia de calificación y responsabilidad concursal”, en PRENDES CARRIL, P. y MUÑOZ PAREDES, A. (DIRS.), *Tratado judicial de la insolvencia. Tomo II*, Aranzadi, 2012, p. 598; GARCÍA-CRUCES, J. A., “La responsabilidad concursal”, en ROJO, Á. y BELTRÁN, E. (DIRS.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Tirant lo blanch, 2016, pp. 357-359; y SANZ ACOSTA, L., “De la calificación del concurso”, en LÓPEZ LÓPEZ, E. y MACÍAS CASTILLO, A. (COORDS.), *Comentario práctico a la nueva ley concursal*, La Ley, 2012, p. 765.

<sup>101</sup> Con la única excepción de lo dispuesto en el art. 100.3 LC, que permite la aprobación de convenios de liquidación si se produce la fusión, absorción o cesión global de activo y pasivo de la sociedad. *Vid.* BELTRÁN, E., “La liquidación de la sociedad y el concurso de acreedores”, pp. 461-464. Y 490-492.

<sup>102</sup> *Cfr.* BELTRÁN, E., “La liquidación de la sociedad y el concurso de acreedores”, p. 491. Añade el autor, en la página 492 que “*la liquidación concursal es la única solución posible para el concurso de la sociedad en liquidación que no pueda o no quiera reactivarse y no hubiera podido transmitir la empresa durante el concurso*”.

<sup>103</sup> Puesto que el único modo de evitar la apertura de la misma es la reactivación de la sociedad y que ésta alcance un convenio no gravoso con sus acreedores, lo que parece hartamente difícil, habida cuenta de la difícil relación existente entre los cuatro hermanos socios y que la sociedad concursada ha venido arrastrando cuantiosas pérdidas durante años.

<sup>104</sup> *Vid.* ROJO, Á. y BELTRÁN, E., “Los efectos del concurso de acreedores”, p. 520. En el mismo sentido, *vid.* GARCÍA-CRUCES, J. A., “La responsabilidad concursal”, pp. 360-361; MUÑOZ PAREDES, A., “La calificación del concurso. Sentencia de calificación y responsabilidad concursal”, pp. 687-707; SANZ ACOSTA, L., “De la calificación del concurso”, pp. 789-803; y HERNANDO MENDÍVIL, J., *Calificación del concurso y coexistencia de las responsabilidades concursal y societaria*, Bosch, 2013, pp. 61-80.

<sup>105</sup> *Vid.* MUÑOZ PAREDES, A., “La calificación del concurso. Sentencia de calificación y responsabilidad concursal”, p. 599; SANZ ACOSTA, L., “De la calificación del concurso”, p. 739; (DE) ÁNGEL YÁGÜEZ, R. y HERNANDO MENDÍVIL, J., “Artículo 164. Concurso culpable”, en PRENDES CARRIL, P. (DIR.), *Tratado práctico concursal. Tomo IV*, Thomson Reuters - Aranzadi, 2009, pp. 51-52; (DE) ÁNGEL YÁGÜEZ, R. y HERNANDO MENDÍVIL, J., “Artículo 172. Sentencia de calificación”, en PRENDES CARRIL, P. (DIR.), *Tratado práctico concursal. Tomo IV*, Thomson Reuters - Aranzadi, 2009, pp. 225-226.

cómplices<sup>106</sup>. Por lo tanto, es necesario estudiar si los hechos descritos en el caso son subsumibles o no en los artículos 164 y 165 LC y, de serlo, qué persona o personas son responsables por ello.

### II.3.1. Ámbito objetivo de la calificación

El art. 164.1 LC determina, en lo que aquí interesa, la calificación como culpable del concurso cuando: a) exista una conducta, activa u omisiva, imputable a los administradores o liquidadores de la persona jurídica a título de dolo o culpa grave, con lo que queda excluida la culpa leve; b) que genere o agrave la situación de insolvencia; y c) exista una relación de causalidad entre el comportamiento afectado por la calificación y el resultado lesivo<sup>107</sup>. Por su parte, el art. 164.2 LC establece una serie de conductas cuya concurrencia implica la calificación del concurso como culpable en todo caso. Mientras que el art. 165 LC establece una serie de presunciones de culpabilidad *iuris tantum*, que deben ponerse en relación con el art. 164.1 LC, en cuanto presuponen la existencia de culpabilidad exigida por este precepto sin necesidad de probar el elemento subjetivo de la misma, pero siendo necesario probar el resto de elementos objetivos<sup>108</sup>. Por tanto, para determinar si el concurso debe ser calificado como culpable es menester analizar la conducta del administrador-liquidador de la sociedad, don Miguel<sup>109</sup>, y determinar si a) ha mediado dolo o culpa grave en su actuación (art.164.1 LC)<sup>110</sup>; b) nos encontramos ante alguno de los hechos del art. 164.2 LC; o c) se da alguna de las circunstancias contenidas en el art. 165 LC, salvo prueba en contrario<sup>111</sup>.

#### II.3.1.1. La irregularidad contable relevante

El art. 164.2.1º LC presume *iuris et de iure*, en lo que aquí interesa, la culpabilidad del concurso cuando el concursado haya cometido una irregularidad contable que dificulte o impida la comprensión de la su situación patrimonial o financiera<sup>112</sup>. La inexactitud a la que se refiere el artículo debe ser tal que distorsione la imagen de la empresa reflejada en las cuentas anuales, dificultando o impidiendo la comprensión de la situación patrimonial o financiera de la sociedad. Por lo que, para ser considerada relevante, la distorsión de la imagen de la empresa debe haber impedido apreciar la situación de insolvencia del deudor o la concurrencia de una causa de disolución<sup>113</sup>.

En el caso se dice que el administrador único de la sociedad concursada omitió la contabilización de determinados ingresos durante los años 2007, 2008 y 2009 para apropiarse de los

<sup>106</sup> Vid. HERNANDO MENDÍVIL, J., *ob. cit.*, pp. 45-46; y (DE) ÁNGEL YÁGÜEZ, R. y HERNANDO MENDÍVIL, J., “Artículo 172. Sentencia de calificación”, pp. 227-230.

<sup>107</sup> Vid. GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Calificación del concurso”, en HERNÁNDEZ MARTÍ, J. (COORD.), *Concurso e insolvencia punible*, Tirant lo blanch, 2004, p. 489; (DE) ÁNGEL YÁGÜEZ, R. y HERNANDO MENDÍVIL, J., “Artículo 164. Concurso culpable”, pp. 52-62; MUÑOZ PAREDES, A., “La calificación del concurso. Sentencia de calificación y responsabilidad concursal”, p. 600; y ROJO, Á. Y BELTRÁN, E., *Legislación... ob. cit.*, pp. 434-437.

<sup>108</sup> Vid. (DE) ÁNGEL YÁGÜEZ, R. y HERNANDO MENDÍVIL, J., “Artículo 164. Concurso culpable”, pp. 62-69; (DE) ÁNGEL YÁGÜEZ, R. y HERNANDO MENDÍVIL, J., “Artículo 165. Presunciones de dolo o culpa grave”, en PRENDES CARRIL, P. (DIR.), *Tratado práctico concursal. Tomo IV*, Thomson Reuters - Aranzadi, 2009, pp. 101-105 (La Ley 9/2015 ha modificado la rúbrica de este artículo por la de “Presunciones de culpabilidad”); y ROJO, Á. Y BELTRÁN, E., *Legislación... ob. cit.*, pp. 447-449. En el mismo sentido, *vid.* SJMerc, núm. 1 de A Coruña, 229/2010, de 15 de abril, (AC: 2010/421), FJ 6º; y STS de 22 de abril de 2016, FJ 3º.

<sup>109</sup> Solo analizaré la conducta de don Miguel por no hacer referencia alguna el caso a la existencia de administradores de hecho ni apoderados generales de la sociedad concursada (*vid.* art. 164.1 LC) y por no haberse negado los socios de la concursada a la capitalización de créditos o emisión de valores o instrumentos convertibles (*vid.* art. 165.2 LC).

<sup>110</sup> No es posible deducir de los hechos relatados en el caso si ha existido dolo o culpa grave en la conducta de don Miguel que haya provocado o agravado la situación de insolvencia de la sociedad. Por tanto, me limitaré a comprobar si alguna de las conductas descritas en el caso es subsumible en las presunciones de los arts. 164.2 y 165 LC, dejando constancia de lo limitado de mi análisis en este sentido.

<sup>111</sup> Vid. SAP de Barcelona, Sección 15ª, 541/2007, de 29 de noviembre, (JUR: 2009/33340), FJ 2º.

<sup>112</sup> Vid. (DE) ÁNGEL YÁGÜEZ, R. y HERNANDO MENDÍVIL, J., “Artículo 164. Concurso culpable”, pp. 70-73; MUÑOZ PAREDES, A., “La calificación del concurso. Sentencia de calificación y responsabilidad concursal”, pp. 609-611; GARCÍA-CRUCES, J. A., “La responsabilidad concursal”, p. 2527; y SANZ ACOSTA, L., “De la calificación del concurso”, pp. 747-748.

<sup>113</sup> Vid. MUÑOZ PAREDES, A., “La calificación del concurso. Sentencia de calificación y responsabilidad concursal”, pp. 623-629; (DE) ÁNGEL YÁGÜEZ, R. y HERNANDO MENDÍVIL, J., “Artículo 164. Concurso culpable”, pp. 75-92, recogiendo amplia jurisprudencia que determina lo que ha de entenderse por irregularidad relevante; ROJO, Á. Y BELTRÁN, E., *Legislación... ob. cit.*, pp. 439-441; y GARCÍA-CRUCES, J. A., “La responsabilidad concursal”, p. 2529.

mismos. Por lo que esta conducta podría ser subsumible en el art. 164.2.1º LC y debe ser analizada con mayor detenimiento. No parece que la omisión de ingresos 5 años antes de la declaración del concurso, en una época de gran bonanza económica para las empresas promotoras y constructoras, aun constituyendo una irregularidad, haya podido distorsionar la imagen patrimonial y financiera de la empresa recogida en la contabilidad de modo tal que dificultase la comprensión del estado de solvencia de la misma<sup>114</sup>. Cuestión distinta sería que la falsedad en las cuentas anuales hubiere consistido en la inclusión de ingresos inexistentes, la ocultación de pérdidas, la simulación de activos o la omisión de pasivos, que si tendría el efecto sancionado por el art. 164.2.1º LC de distorsionar la situación patrimonial societaria, al ocultar la situación de insolvencia de la misma.

Por lo tanto, considero que la presunción del art. 164.2.1º LC no es de aplicación en este caso, puesto que hemos demostrado que la omisión del reconocimiento de ingresos 5 años antes de la declaración de concurso no ha alterado la comprensión de la situación patrimonial o financiera de la sociedad concursada.

### II.3.1.2. La salida fraudulenta de bienes del patrimonio del deudor

El art. 164.2.5º LC presume *iuris et de iure* la culpabilidad del concurso cuando concurren los siguientes tres requisitos: a) que se produzca la salida de bienes o derechos del patrimonio del deudor, b) que dicha salida sea fraudulenta y c) que se produzca durante los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso<sup>115</sup>.

Las cantidades de efectivo que don Miguel se apropia en los años 2007, 2008 2009 encajan en la conducta descrita en el art. 164.2.5º LC<sup>116</sup>. Pero se produce más de dos años antes de la declaración de concurso, por lo que no es de aplicación el art. 164.2.5º LC a estos hechos.

Por otro lado, la liquidación apresurada de bienes sociales podría ser entendida como una salida fraudulenta de bienes del patrimonio del deudor. La liquidación se produjo en fecha de 2 de octubre de 2014 -menos de tres meses antes de la declaración del concurso-, con lo que cumple con el plazo de dos años exigido por el art. 164.2.5º LC. Por lo tanto, debemos analizar esta conducta con mayor detenimiento. Para entender que la salida de bienes del patrimonio del deudor ha sido fraudulenta es necesaria la existencia de mala fe. La jurisprudencia del TS<sup>117</sup> ha establecido que la mala fe se compone de dos elementos: un elemento subjetivo, bastando la conciencia de que se está causando un perjuicio a los deudores, sin que sea necesario un *animus nocendi* (propósito de dañar)<sup>118</sup>; y de un elemento objetivo, consistente en que la conducta del deudor merezca reproche jurídico. En el caso se dice que don Miguel, en su condición de liquidador de la sociedad enajenó dos lotes de bienes sociales por un 20% y un 25% de su valor contable. De este hecho podemos deducir la existencia de mala fe en su actuación, puesto que la enajenación se realizó por un valor

<sup>114</sup> Piénsese que si en lugar de haberse omitido los ingresos, éstos se hubieren reconocido contablemente y hubieren abandonado la empresa en forma de reparto de dividendos la situación patrimonial sería exactamente la misma que la existente en la fecha de declaración del concurso

<sup>115</sup> Vid.; MUÑOZ PAREDES, A., “La calificación del concurso. Sentencia de calificación y responsabilidad concursal”, pp. 634-636; (DE) ÁNGEL YÁGÜEZ, R. y HERNANDO MENDÍVIL, J., “Artículo 164. Concurso culpable”, pp.97-99; ROJO, Á. Y BELTRÁN, E., *Legislación... ob. cit.*, pp. 443-444; SANZ ACOSTA, L., “De la calificación del concurso”, pp. 749-750; y GARCÍA-CRUCES, J. A., “Artículo 164. Concurso culpable”, en ROJO, Á. Y BELTRÁN, E. (DIRS.), *Comentario de la Ley Concursal. Tomo II*, Thomson – Civitas, 2004, p. 2533;

<sup>116</sup> Vid. ROJO, Á. Y BELTRÁN, E., *Legislación... ob. cit.*, p. 444, que hacen referencia expresa a la aplicación del art. 164.2.5ºLC a la extracción de dinero de la sociedad por parte del administrador. Aun que existen debates acerca de la inclusión de este hecho en el supuesto de salida fraudulenta de bienes (164.2.5º LC) o de alzamiento de bienes (164.2.4º LC), (vid. MUÑOZ PAREDES, A., “La calificación del concurso. Sentencia de calificación y responsabilidad concursal”, p. 634) entiendo que en este caso la conducta es subsumible en el apartado quinto del art. 164.2 LC. Para poder ser calificada como alzamiento de bienes, la salida de efectivo de la sociedad debería haberse producido al tiempo que la sociedad mantuviere créditos frente a terceros y tratase con esta actuación eludir el pago de los mismos (vid. MUÑOZ PAREDES, A., “La calificación del concurso. Sentencia de calificación y responsabilidad concursal”, p. 633).

<sup>117</sup> Vid. STS de 22 de abril de 2016, FJ 5º.

<sup>118</sup> Vid. MUÑOZ PAREDES, A., “La calificación del concurso. Sentencia de calificación y responsabilidad concursal”, p. 635, con cita de jurisprudencia en este sentido; y STS de 22 de abril de 2016, FJ 4º.

sumamente inferior al de mercado<sup>119</sup>. De lo anterior se deduce que con la enajenación de los bienes por un precio <<vil o irrisorio>> se estaba causando un perjuicio a los acreedores y a la propia sociedad, dándose con ello satisfacción al requisito subjetivo exigido para entender la existencia de mala fe<sup>120</sup>. En cuanto al elemento objetivo, resulta obvio que la liquidación diligente de los bienes sociales, por una fracción de su valor, realizada con fines espurios merece reproche jurídico.

Por lo anterior, entiendo que la enajenación de bienes sociales por un precio muy inferior al de mercado supone la salida fraudulenta de bienes del patrimonio del deudor, siendo de aplicación la presunción del art. 164.2.5º LC y debiendo ser por ello declarado culpable el concurso<sup>121</sup>.

### II.3.1.3. El retraso en la presentación de la solicitud de concurso

Recordemos que las presunciones *iuris tantum* del art. 165 LC solo cubren el elemento subjetivo del dolo o la negligencia grave y no el resto de elementos objetivos exigidos por el art. 164.1 LC (causación o agravamiento del estado de insolvencia y nexo causal), que deberán ser acreditados<sup>122</sup>. En este sentido, dice el TS que son elementos objetivos relevantes a la hora de establecer la culpabilidad en base al art. 165.1.1º LC “la duración de la demora en solicitar el concurso y la importancia del aumento del déficit patrimonial [causado por la demora]”<sup>123</sup>.

Como se ha puesto de manifiesto (*vid. supra* II.1.3.2.1), se presume que la presentación de la solicitud de declaración de concurso por parte de la sociedad concursada se produjo con posterioridad al plazo de dos meses marcado por el art. 5 LC. Por lo que es de aplicación el art. 165.1.1º LC, que presume, salvo prueba en contrario, la culpa del deudor cuando hubiera incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso. Cabe en este punto reiterar que la presunción del art. 5.2 LC es una presunción *iuris tantum*, por lo que de presentarse prueba en contrario no sería de aplicación la presunción del art. 165.1.1º LC.

En el caso se nos dice que el día 7 de abril de 2014, momento en que son aprobadas las cuentas anuales de la sociedad, la misma se hallaba al corriente del pago de todas sus obligaciones y

<sup>119</sup> A estos efectos entiendo que los valores contable y de mercado son asimilables. Incluso teniendo en cuenta que la enajenación se realizó durante la liquidación social, que explicaría una cierta reducción del precio, éste fue claramente inferior al que cabría esperar de un liquidador diligente.

<sup>120</sup> En este sentido *vid.* SAP de Pontevedra, Sección 1ª, 2041/2011, de 14 de abril, (JUR: 2011/185510), FJ 3º. En un sentido similar, *vid.* SAP de Barcelona de 29 de noviembre de 2007, FJ 5º, que entiende que el administrador que vende un inmueble por un precio inferior al que sabe que podría ser enajenado es consciente de que está ingresando en caja menos dinero, pudiendo satisfacer menos créditos, y da cumplimiento al requisito subjetivo de la mala fe exigido para apreciar la presunción del art. 164.2.5º LC.

<sup>121</sup> En este sentido *vid.* SAP de Pontevedra, de 14 de abril de 2011, FJ 3º, que consideró aplicable la presunción del art. 164.2.5º LC en base a la enajenación de una nave industrial valorada en 725.000€ por un precio de 360000€; esto es, un 50% de su valor. En el mismo sentido, *vid.* SAP de Barcelona de 29 de noviembre de 2007, FJ 5º, que entiende de aplicación el art. 164.2.5º LC a la venta de un inmueble por un precio inferior en un 40% al valor de mercado, en fecha próxima a la fecha de declaración del concurso, por parte del administrador de la concursada, siendo éste consciente del perjuicio causado.

<sup>122</sup> Existe un importante debate doctrinal y jurisprudencial relativo a cómo interpretar el art. 165 LC: si como se ha expuesto más arriba o de modo independiente del art. 164.1 LC, cubriendo la presunción *iuris tantum* todos los elementos de la culpabilidad. La doctrina y jurisprudencia mayoritarias defienden la tesis de que el art. 165 LC solo cubre el elemento subjetivo del dolo o la culpa grave del art. 164.1 LC. En este sentido, *vid.* MUÑOZ PAREDES, A., “La calificación del concurso. Sentencia de calificación y responsabilidad concursal”, pp. 637-639; ROJO, Á. Y BELTRÁN, E., *Legislación... ob. cit.*, pp. 447-448, que reflejan el citado debate; y (DE) ÁNGEL YÁGÜEZ, R. y HERNANDO MENDÍVIL, J., “Artículo 165. Presunción de dolo o culpa grave”, en PRENDES CARRIL, P. (DIR.), *Tratado práctico concursal. Tomo IV*, Thomson Reuters - Aranzadi, 2009, pp. 104-106, que también recoge la línea jurisprudencial mayoritaria en este sentido. En el mismo sentido, *vid.* STS de 22 de abril de 2016, FJ 5º; STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 17 de noviembre, 614/2011 (RJ: 2012/3368), FJ 4º; y SJMerc, núm. 1 de A Coruña, de 15 de abril de 2010, FJ 6º. En sentido contrario, *vid.* MARÍN DE LA BÁRCENA, F., “Artículo 165. Presunciones de culpabilidad” en PULGAR EZQUERRA, J. *Comentario a la Ley Concursal*, La ley – Wolters Kluwer, 2016, pp. 1794-1796, que entiende que las presunciones del art. 165 LC cubren todos los elementos exigidos por la cláusula general de culpabilidad con eficacia indiciaria; lo que supone la inversión de la carga de la prueba, debiendo el acusado probar el carácter fortuito del concurso, interpretación que entiende avalada por la nueva redacción del artículo tras la reforma operada por la Ley 9/2015, que actualmente presume culpable el concurso. No obstante, si la sección de calificación ya estuviese formada en el momento de entrada en vigor de la citada ley, la reforma no será de aplicación al procedimiento (D.T. 1ª Ley 9/2015).

<sup>123</sup> Cfr. STS de 22 de abril de 2016, FJ 5º.

que el día 19 de mayo se acuerda la disolución y liquidación de la misma. Esto supuso la salida de la sociedad del tráfico jurídico y, por tanto, su incapacidad de adquirir nuevas obligaciones. Hemos visto anteriormente la dificultad para determinar el momento exacto en que el deudor, en este caso su administrador único y liquidador por ser persona jurídica, conoció o debió conocer su estado de insolvencia. Por lo que hemos utilizado la presunción del art. 5.2 LC para establecer el mismo, resultando que conoció o debió conocer de su estado de insolvencia el 2 de octubre, menos de tres meses antes de la presentación de su solicitud de concurso. Llegados a este punto existe la posibilidad de argumentar tanto a favor como en contra de la culpabilidad de don Miguel como liquidador único de la concursada.

La argumentación en contra de la culpabilidad de don Miguel puede realizarse por una doble vía, argumentando que: a) a pesar de ser gravemente negligente o dolosa la conducta de don Miguel, ésta no agravó la situación de insolvencia, por lo que no existe nexo causal; o b) que la conducta de don Miguel no fue dolosa o gravemente negligente, siendo simplemente una conducta levemente negligente.

a) Por un lado, podemos argumentar que el periodo de tiempo que medió entre el momento en que la sociedad entró en la situación de insolvencia, por realizarse la liquidación apresurada de los bienes de la sociedad (art. 2.4.3º LC), y la presentación de la solicitud de concurso por parte de la misma fue muy breve<sup>124</sup>. Además, de lo expuesto en el caso podemos deducir que la sociedad no realizó ningún acto de trascendencia patrimonial durante el lapso de tiempo que medió entre el momento en que nace la obligación de presentar la solicitud de declaración de concurso y presentación de la misma. Es más, la sociedad se encontraba en fase de liquidación, lo que supone a) su salida del tráfico mercantil y su imposibilidad para adquirir nuevas obligaciones<sup>125</sup> y b) la enajenación de los activos sociales, con el fin de obtener la liquidez necesaria para proceder a la liquidación de sus obligaciones<sup>126</sup>. De lo anterior se deduce que este breve retraso en la presentación de la solicitud de concurso no ha tenido virtualidad práctica para agravar el estado de insolvencia, por lo que no existe un nexo causal entre la conducta y la situación de insolvencia de la sociedad deudora<sup>127</sup>.

b) Por otro lado, podemos argumentar que la presunción del art. 5.2 LC no debe operar en este caso –recordemos que admite prueba en contrario–, por no haber conocido don Miguel el estado de insolvencia de la sociedad en el momento en que realizó la liquidación apresurada de los bienes sociales. Bien por no existir tal insolvencia, al encontrarse la empresa al corriente de sus pagos; bien por existir insolvencia, por cumplir de modo irregular al ser apresurada la liquidación, pero no ser consciente don Miguel de que el modo en que estaba dando cumplimiento a las obligaciones sociales

<sup>124</sup>Vid. SJMerc, núm. 1 de A Coruña, de 15 de abril de 2010, FJ 6º, que llega a afirmar que no es lo mismo en Derecho incumplir un deber jurídico que cumplirlo tardíamente, por lo que no es de aplicación el art. 165.1.1º LC cuando el deudor cumple tardíamente el deber del art. 5 LC, ya que en este caso no incumple dicho deber.

<sup>125</sup>En este sentido, vid. (DE) ÁNGEL YÁGÜEZ, R. y HERNANDO MENDÍVIL, J., “Artículo 165. Presunción de dolo o culpa grave”, p. 112, que citan la SJMerc de A Coruña, de 25 de abril de 2006 que, al afirmar que no de todo incumplimiento del deber de solicitud del concurso se deriva la generación o agravación del estado de insolvencia, pone como ejemplo el de la sociedad inactiva –que, en cuanto sociedad fuera del tráfico jurídico, entiendo *mutatis mutandis* asimilable a la sociedad en liquidación– y afirma que en este caso “la pasividad del órgano de administración no agravará normalmente una insolvencia que se habrá generado o agravado por otras causas”.

<sup>126</sup>Afirma la STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 500/2007, de 14 de mayo, (RJ: 2007/3554), FJ 5º, en relación con la obligación de los administradores de disolver la sociedad por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a menos del 50% del capital social, que la misma es “un mecanismo preconcursal que consiste en que se obliga a la sociedad -antes de que sus pérdidas lo hagan imposible- a evitar el concurso bien sea liquidándose, bien adoptando otro acuerdo alternativo tendente a reconstruir el patrimonio social”. Con lo que debemos entender ajustada a derecho la conducta de don Miguel, tendente a evitar la declaración de concurso de la sociedad mediante la liquidación de la misma.

<sup>127</sup>En este sentido, vid. STS de 22 de abril de 2016, FJ 5º, que no admite la aplicación de la presunción del art. 165.1.1º LC por no quedar probado que la conducta del deudor agravase su situación de insolvencia. Vid. también SJMerc núm. 1 de Oviedo, 112/2007, de 23 de mayo, (JUR: 2008/357149), FJ 2º, que afirma que “estamos ante el supuesto típico del empresario que demora la presentación del concurso en la esperanza de poder salir por sus propios medios de la difícil situación en que se halla, pero ni se aprecia un elemento culpabilístico ni tampoco una relación de causalidad entre tal retraso y la generación o agravación de la insolvencia, motivos que conducen a la calificación como fortuito del presente concurso”.



estaba siendo irregular. Para mayor abundamiento, en el momento en que don Miguel tuvo conocimiento de modo fehaciente de la situación de insolvencia de la empresa, al producirse el embargo por parte de la Agencia Tributaria de la cuenta corriente de la sociedad, presentó la solicitud de declaración de concurso en el plazo de una semana. De lo anterior cabe deducir la prueba en contrario de la presunción de dolo o culpa grave en la conducta de don Miguel del art. 165.1.1º LC, por existir únicamente culpa leve en la actuación del mismo.

A favor de la culpabilidad de don Miguel puede argumentarse que, en base a la presunción de dolo o culpa grave del art. 165.1.1º LC, para establecer su culpabilidad solo es necesario probar el elemento objetivo del art. 164.1 LC: el agravamiento de la situación de insolvencia. Hemos comprobado que don Miguel, como liquidador de la sociedad, ha liquidado bienes de la misma a precio muy inferior al que cabría de esperar de un liquidador diligente, con la consiguiente despatrimonialización de la sociedad. Por lo que cabría argumentar que su conducta ha agravado efectivamente la situación de insolvencia de la sociedad. No obstante lo anterior, lo que debe probarse en este caso es que es el retraso en la presentación de la solicitud de la declaración de concurso el que ha provocado o agravado la situación de insolvencia. Cosa que no se consigue con la argumentación anterior y no parece que posible argumentar a la luz de los hechos descritos en el caso. Es indudable que la comisión de uno de los hechos presuntos reveladores de insolvencia puede provocar o agravar la situación de insolvencia; de hecho esa es la razón por la que la LC establece una presunción de insolvencia y obliga al deudor a solicitar la declaración de su propio concurso. Pero en este punto no se debe probar la existencia del citado hecho presunto revelador: lo que se debe probar es que, con posterioridad al mismo, la conducta omisiva del deudor, al no solicitar la declaración de su concurso, ha provocado o agravado la situación previa de insolvencia. Cosa que no parece posible a la luz de los datos aportados por el caso.

En conclusión, de lo argumentado anteriormente cabe afirmar que el retraso en la presentación de la solicitud del concurso de CONSTRUCCIONES BALEA, SA no ha provocado ni agravado su situación de insolvencia, por lo que no es posible calificar como culpable el concurso en base a este hecho. Así, pues, la presunción del art. 165.1.1º LC no opera en este caso, al no haberse probado el agravamiento de la situación de insolvencia de la deudora como consecuencia del incumplimiento del deber de solicitar el concurso de acreedores por parte de su liquidador, don Miguel.

### II.3.2. Ámbito subjetivo de la calificación

El art. 172.2.1º LC establece que la sentencia de calificación del concurso deberá determinar qué personas se ven afectadas por la declaración de culpabilidad y cuáles son consideradas cómplices.

Tras la reforma operada en la Ley Concursal por la Ley 38/2011, el texto legal explicita quiénes pueden tener la consideración de personas afectadas por la calificación. En lo que aquí interesa, podrán ser personas afectadas por la calificación los administradores y los liquidadores de las personas jurídicas que ostenten esta condición en el momento de declaración de concurso o la hayan durante los dos años anteriores a la declaración<sup>128</sup>. De lo dispuesto en la LC se deduce que serán personas afectadas por la calificación “*las responsables de la causación o agravación de la insolvencia por su conducta culpable o que incurran en alguno de los ilícitos civiles establecidos*”<sup>129</sup>. Por lo tanto, don Miguel se verá afectado por la calificación culpable del concurso en su condición de liquidador de la sociedad, por habersele imputado la comisión de una salida fraudulenta de bienes del patrimonio social que ha determinado la calificación como culpable del concurso.

En relación con los cómplices, solo es posible sancionar la cooperación de éstos en relación con aquellos hechos que han servido previamente de fundamento para la calificación de culpable del

<sup>128</sup> Vid. HERNANDO MENDÍVIL, J., *ob. cit.*, pp. 45-46.

<sup>129</sup> Cfr. SANZ ACOSTA, L., “De la calificación del concurso”, p. 787.

concurso, *ex art.* 166 LC<sup>130</sup>. Por lo tanto, solo podrán ser declaradas cómplices aquellas personas que hayan cooperado con don Miguel, en su papel de liquidador de la sociedad, en la salida fraudulenta de bienes del patrimonio social. De lo expuesto en el caso no se puede afirmar la existencia de terceros que colaborasen con don Miguel en la salida fraudulenta de bienes del patrimonio social. Por lo tanto, no cabe hablar de cómplices en este caso. Sin embargo, que la actuación de los terceros que adquirieron los bienes durante la liquidación de la sociedad fuese de buena fe no es óbice para el eventual ejercicio de las acciones de reintegración que puedan corresponder en virtud de los arts. 71 y ss. LC<sup>131</sup>.

De todo lo anterior se deduce que don Miguel fue el único sujeto que participó en la causación o agravación de la situación de insolvencia de la concursada, siendo, de este modo, el único afectado por la calificación como culpable del concurso. Por lo que, en virtud de los arts. 172.2 y 172 bis.1 LC, será en todo caso inhabilitado como administrador y para el ejercicio del comercio por un plazo de entre dos a quince años. Además, perderá cualquier derecho de crédito que ostente frente a la sociedad concursada y, en su caso, deberá devolver los bienes o derechos que hubiere obtenido indebidamente e indemnizar los daños y perjuicios causados. Por último, y en su caso, estará personalmente obligado a cubrir, total o parcialmente, el déficit concursal, en virtud de la responsabilidad concursal<sup>132</sup>.

---

<sup>130</sup>Vid. SJMerc, núm. 1 de A Coruña, de 15 de abril de 2010, FJ 3º. En el mismo sentido *vid.* MUÑOZ PAREDES, A., “La calificación del concurso. Sentencia de calificación y responsabilidad concursal”, pp.681-682; HERNANDO MENDÍVIL, J., *ob. cit.* pp. 57-60; PRENDES CARRIL, P., “Artículo 166. Cómplices”, en PRENDES CARRIL, P. (DIR.), *Tratado práctico concursal. Tomo IV*, Thomson Reuters - Aranzadi, 2009, pp. 124, 127-128; y GARCÍA-CRUCES, J. A., “Artículo 166. Cómplices”, en ROJO, Á. Y BELTRÁN, E. (DIRS.), *Comentario de la Ley Concursal. Tomo II*, Thomson – Civitas, 2004, pp. 2541-2542.

<sup>131</sup>Vid. GARCÍA-CRUCES, J. A., “Artículo 164. Concurso culpable”, p. 2533; (DE) ÁNGEL YÁGÜEZ, R. y HERNANDO MENDÍVIL, J., “Artículo 164. Concurso culpable”, p.99; SANZ ACOSTA, L., “De la calificación del concurso”, pp. 749-750; y GARCÍA-CRUCES, J. A., “Artículo 166. Cómplices”, p. 2543.

<sup>132</sup>Vid. ROJO, Á. Y BELTRÁN, E., “Los efectos del concurso de acreedores”, p. 520. En el mismo sentido, *vid.* GARCÍA-CRUCES, J. A., “La responsabilidad concursal”, pp. 360-361; MUÑOZ PAREDES, A., “La calificación del concurso. Sentencia de calificación y responsabilidad concursal”, pp. 687-707; SANZ ACOSTA, L., “De la calificación del concurso”, pp. 789-803; y HERNANDO MENDÍVIL, J., *Calificación del concurso y coexistencia de las responsabilidades concursal y societaria*, Bosch, 2013, pp. 61-80.

## II.4 - RESPONSABILIDAD CIVIL DEL LIQUIDADADOR EN SEDE CONCURSAL

En que se dictamina sobre la responsabilidad civil en sede concursal, tanto concursal como extraconcursal, derivada de los hechos descritos en el caso.

### II.4.1. Coexistencia y coordinación de los sistemas societario y concursal de responsabilidad

En primer lugar, es necesario poner de manifiesto que “durante el concurso de acreedores, los liquidadores, que, como se ha indicado, constituyen el órgano de administración y representación de la sociedad durante el concurso, deberán soportar el mismo régimen de responsabilidad que los administradores”<sup>133</sup>. A mayor abundamiento, el art. 375.2 LSC establece que serán de aplicación a los liquidadores las normas establecidas para los administradores que no se opongan a lo dispuesto en el capítulo lo contiene<sup>134</sup>.

Por tanto, don Miguel, en su condición primero de administrador y posteriormente de liquidador social, podría enfrentarse a responsabilidad civil en virtud de los tres sistemas de responsabilidad que son de aplicación a los administradores durante el concurso. Por un lado, podría enfrentarse a responsabilidad societaria por dos vías: a) responsabilidad por daños, mediante las acciones sociales e individuales de responsabilidad (arts. 236 a 241 LSC), y b) responsabilidad por incumplimiento del deber de promoción de la disolución societaria o solicitud de declaración de concurso (art. 367 LSC). Por otro lado podrá enfrentarse a la responsabilidad concursal derivada de la calificación como culpable del concurso (arts. 172.2.3º y 172 bis LC)<sup>135</sup>.

En este caso, como veremos, coexiste la responsabilidad societaria de la acción social de responsabilidad (art. 238 LSC) con las responsabilidades concursales por daños (art. 172.2.3º LC) y por cobertura del déficit (art. 172 bis LC). Debemos analizar, por tanto, cómo articula la legislación concursal la coexistencia y coordinación de los sistemas societario y concursal de responsabilidad.

La acción individual de responsabilidad podrá ejercerse de modo independiente al concurso, lo que se desprende del silencio que guarda la ley concursal al respecto; ya que ni se solapa ni interfiere con el fin del concurso<sup>136</sup>. Mientras que, tras la reforma operada por la Ley 38/2011, el art. 50.2 LC impide la presentación de demandas contra los administradores por deudas en virtud del art. 367 LSC, dejando el art. 51 bis.1 LC en suspenso las que ya se hubiesen presentado; puesto se solaparía con la responsabilidad concursal del art. 172 bis LC, cuya naturaleza jurídica es de responsabilidad por deudas, como se argumentará posteriormente (*vid. infra* II.4.3)<sup>137</sup>. Cuestión más compleja y relevante en este caso es la coordinación entre la acción social de responsabilidad y la responsabilidad concursal. Tras la reforma del año 2011, el art. 48 quáter LC legitima en exclusiva a la administración concursal para el ejercicio de la acción social de responsabilidad, mientras que los arts. 8.7º y 51.1 LC conceden competencia exclusiva y excluyente al juez del concurso en esta

<sup>133</sup> Cfr. BELTRÁN, E., “La declaración de concurso de acreedores de la sociedad en liquidación”, p. 1740.

<sup>134</sup> Vid. MUÑOZ PAREDES, A., *Tratado judicial...* ob. cit., p. 625; y MOYA JIMÉNEZ, A., *La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes*, Bosch, 2012, pp. 391-394.

<sup>135</sup> Vid. BELTRÁN, E., “La declaración de concurso de acreedores de la sociedad en liquidación”, pp. 1740-1744; HERNANDO MENDÍVIL, J., ob. cit., pp. 267-277; y STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 501/2012, de 16 de julio, (RJ: 2012/9330), FJ 3º.

<sup>136</sup> Vid. QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Coordinación de acciones societarias (social, individual y por deudas) y concursales de responsabilidad”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 22, 2015, pp. 47-49; ALONSO UREBA, A. “Artículo 48 quáter. Efectos de la declaración de concurso sobre las acciones contra los administradores de la sociedad deudora” en PULGAR EZQUERRA, J. *Comentario a la Ley Concursal*, La ley – Wolters Kluwer, 2016, pp. 659-660; GARCÍA-CRUCES, J. A. “La responsabilidad concursal”, en ROJO, Á. y BELTRÁN, E., *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Tirant lo blanch, 2016, pp. 429- 430 y 434-436; y HERNANDO MENDÍVIL, J., ob. cit., p. 315.

<sup>137</sup> Vid. QUIJANO GONZÁLEZ, J., *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 22, 2015, pp. 49-50; BELTRÁN, E. “La responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales”, en ROJO, Á. y BELTRÁN, E., *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Tirant lo blanch, 2016, p. 352; ALONSO UREBA, A. “Artículo 48 quáter. Efectos de la declaración de concurso sobre las acciones contra los administradores de la sociedad deudora” en PULGAR EZQUERRA, J. *Comentario a la Ley Concursal*, La ley – Wolters Kluwer, 2016, p. 660; GARCÍA-CRUCES, J. A. “La responsabilidad concursal”, pp. 440-441; y HERNANDO MENDÍVIL, J., ob. cit., pp. 315-317.

materia y ordenan la acumulación al concurso de la acción social de responsabilidad. De lo que resulta, sin lugar a dudas, que es posible la compatibilidad entre ambos tipos de responsabilidad<sup>138</sup>.

Hemos visto que el hecho que ha servido de base a la calificación como culpable del concurso ha sido la salida fraudulenta de bienes del patrimonio del deudor (*vid. supra* II.3.1.2). Y, como veremos a continuación, de estos mismos hechos se deriva la responsabilidad por daños de la que deberá responder don Miguel en caso de ser ejercida la acción social de responsabilidad por parte de la administración concursal. Lo que supone la existencia del “riesgo de una doble y abusiva condena a los administradores por los mismos hechos”<sup>139</sup>. Por lo que debemos tratar de “evitar que los administradores de la sociedad concursada puedan terminar siendo condenados a responder dos veces de lo mismo, una vez por la vía de las acciones societarias de responsabilidad, y otra vez por la vía de la responsabilidad concursal”<sup>140</sup>.

Como solución a este problema, parte de la doctrina entiende que si la acción social de responsabilidad culmina antes de que se declare la responsabilidad concursal y la indemnización obtenida fuese suficiente para cubrir el déficit concursal se extinguirá, en todo o en parte, uno de los presupuestos para la condena a cubrir el déficit concursal del art. 172 bis LC (el propio déficit)<sup>141</sup>. Afirma también la doctrina que si los administradores ya han satisfecho la responsabilidad concursal, la acción social solo podrá cubrir el importe del daño que supere a lo satisfecho en concepto de responsabilidad concursal, entendiendo que operan en este caso las excepciones de litispendencia y cosa juzgada y la prohibición de enriquecimiento injusto<sup>142</sup>. Entiendo que lo dicho con respecto al juego del ejercicio de la acción social de responsabilidad y la responsabilidad concursal *ex art. 172 bis LC* debe ser entendido también en relación con la primera y la responsabilidad por daños del art. 172.2.3º *in fine LC*, puesto que el fundamento de estos dos regímenes de responsabilidad es el mismo: la reparación del daño causado a la sociedad<sup>143</sup>; por lo que resulta claro que existe una clara identidad y solapamiento entre ambos. Por lo que si la declaración de responsabilidad concursal se realiza con anterioridad a la culminación del ejercicio de la acción social de responsabilidad, ésta deberá limitarse al importe del daño no resarcido mediante la responsabilidad concursal de daños del art. 172.2.3º *in fine LC*, y viceversa.

Una vez establecido lo anterior, procedo a analizar, por un lado, la responsabilidad societaria y, por otro lado, la responsabilidad concursal a que se enfrentará don Miguel. Reafirmando que debe tenerse en cuenta lo dicho anteriormente, acerca del juego de diferentes regímenes de responsabilidad, que deberán ser adecuadamente articulados y coordinados para evitar varias condenas indemnizatorias por los mismos hechos y un posible enriquecimiento injusto.

## II.4.2. Responsabilidad societaria

Ya se ha puesto de manifiesto (*vid. supra* I.2) que no existirá responsabilidad de don Miguel, en su condición de administrador, por no promover la disolución societaria en el plazo legal *ex art. 367 LSC*, por haber convocado la junta general en un plazo inferior a dos meses desde que conoció o

<sup>138</sup> *Vid.* ALONSO UREBA, A. “Artículo 48 quáter. Efectos de la declaración de concurso sobre las acciones contra los administradores de la sociedad deudora”, pp. 647-649 y 655-658; QUIJANO GONZÁLEZ, J., *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 22, 2015, pp. 45-47; GARCÍA-CRUCES, J. A. “La responsabilidad concursal”, pp. 432-434; y HERNANDO MENDÍVIL, J., *ob. cit.*, pp. 309-310.

<sup>139</sup> *Cfr.* ALONSO UREBA, A. “Artículo 48 quáter. Efectos de la declaración de concurso sobre las acciones contra los administradores de la sociedad deudora”, p. 657.

<sup>140</sup> *Cfr.* QUIJANO GONZÁLEZ, J., *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 22, 2015, p. 44.

<sup>141</sup> *Vid.* QUIJANO GONZÁLEZ, J., *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 22, 2015, p. 47; y ALONSO UREBA, A. “Artículo 48 quáter. Efectos de la declaración de concurso sobre las acciones contra los administradores de la sociedad deudora”, p. 657, afirma el autor que con anterioridad a la reforma del año 2011 debía ejercitarse, en todo caso, prioritariamente la acción social y solo una vez satisfecha la misma cabría exigir a los administradores responsabilidad concursal por déficit, de ser el caso. *Vid.* también ROJO, Á. y BELTRÁN, E., *Legislación... ob. cit.*, pp. 467-468, con transcripción de SJMer de Lugo de 29 de septiembre de 2006 en el mismo sentido.

<sup>142</sup> *Vid.* ALONSO UREBA, A. “Artículo 48 quáter. Efectos de la declaración de concurso sobre las acciones contra los administradores de la sociedad deudora”, p. 658

<sup>143</sup> Con respecto a la acción social de responsabilidad, *vid.* GARCÍA-CRUCES, J. A. “La responsabilidad concursal”, p. 427; y QUIJANO GONZÁLEZ, J., *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 22, 2015, p. 46. Con respecto a la obligación a indemnizar del art. 172.23º LC *vid* la argumentación realizada *infra* en el apartado II.4.3

debió conocer las pérdidas cualificadas de la sociedad. No obstante, aun que existiese tal responsabilidad, ésta quedaría en suspenso durante la tramitación del concurso, como ya hemos visto.

Debemos analizar ahora si se enfrentará a responsabilidad civil en su doble condición de administrador y liquidador social, en base a las acciones social (art. 238 LSC) e individual (art. 241 LSC) de responsabilidad. Las acciones individual y social de responsabilidad se encuentran reguladas en el Capítulo V del Título VI (arts. 236 a 241 bis) de la LSC. En lo que aquí interesa, estas acciones, en consonancia con la doctrina general por daños, comparten una serie de presupuestos comunes para que quepa su ejercicio<sup>144</sup>: debe producirse a) una acción u omisión antijurídica y culpable realizada por los liquidadores, en condición de tales, contraria a la ley, a los estatutos, o incumpliendo los deberes inherentes al cargo; que b) cause un daño económicamente evaluable y c) que exista un nexo causal entre la actuación indebida y el daño.

La diferencia entre ambas es que la acción social de responsabilidad podrá ejercitarse cuando el daño haya sido causado al patrimonio de la sociedad; mientras que para que los socios y acreedores se encuentren legitimados para el ejercicio de la acción individual de responsabilidad, el daño debe haber sido causado de modo directo a los mismos<sup>145</sup>.

Hasta la reciente reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, la LSC no regulada el plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad contra los administradores. Esto obligaba a recurrir a la jurisprudencia del TS que, siguiendo lo dispuesto en el art. 949 CdC, estableció un plazo de prescripción de 4 años a contar desde el día del cese del administrador<sup>146</sup>. No obstante, el actual art. 241 bis LSC establece el plazo de prescripción de las acciones, por lo que debemos atenernos al mismo. Este plazo, también de cuatro años, deberá empezar a contar desde el día en que las acciones social o individual de responsabilidad hubieren podido ejercitarse; esto es, el *dies a quo* comienza a contar no desde que se produce el acto antijurídico, sino desde que se manifiestan sus efectos perjudiciales<sup>147</sup>. Por su parte, el art. 60.3 LC dispone, en lo que aquí interesa, que desde la declaración hasta la conclusión del concurso quedará suspendida la prescripción de las acciones contra el administrador social<sup>148</sup>; por lo que ha de atenderse a la fecha de declaración del concurso para determinar si se ha cumplido el plazo de prescripción para el ejercicio de las acciones.

El desvío de fondos a una cuenta personal de don Miguel durante los años 2007, 2008 y 2009 relatado en el caso constituye un claro perjuicio directo a la sociedad económicamente cuantificable, que trae causa del obrar contrario a la ley de don Miguel, existiendo un nexo causal entre su actuación y el perjuicio causado. Por lo que cabría la exigencia de responsabilidad mediante el ejercicio de la acción social de responsabilidad<sup>149</sup>. Llegados a este punto debemos analizar si la acción de responsabilidad social por este hecho se haya prescrita. Si entendemos que la sociedad, por

<sup>144</sup> Vid. MUÑOZ PAREDES, A., *Tratado judicial... ob. cit.*, pp. 53-58. Refiriéndose a la acción social de responsabilidad, vid. LARA, R., “La acción social de responsabilidad: ejercicio por la sociedad”, en ROJO, Á. y BELTRÁN, E., *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Tirant lo blanch, 2016, pp. 104-105.

<sup>145</sup> Vid. QUIJANO GONZÁLEZ, J., *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n° 22, 2015, p. 44; LARA, R., “La acción social de responsabilidad: ejercicio por la sociedad”, pp. 103-104; y STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 1168/2008, de 27 de noviembre, (RJ: 2008/6323), FJ 2º.

<sup>146</sup> Vid. FERNÁNDEZ SEJO, J. M., “La prescripción de las acciones de responsabilidad”, en ROJO, Á. y BELTRÁN, E., *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Tirant lo blanch, 2016, pp. 699-703, que recoge la evolución jurisprudencial del TS y los argumentos dados a favor de aplicar el art. 949 CdC.

<sup>147</sup> Vid. ESTEBAN VELASCO, G., “La acción individual de responsabilidad”, en ROJO, Á. y BELTRÁN, E., *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Tirant lo blanch, 2016, p. 281; y FERNÁNDEZ SEJO, J. M., “La prescripción de las acciones de responsabilidad”, p. 706.

<sup>148</sup> Vid. FERNÁNDEZ SEJO, J. M., “La prescripción de las acciones de responsabilidad”, pp. 730-732, el autor se refiere al art. 60.2 LC, entiendo que se debe a una errata, ya que se está refiriendo al artículo anterior a la reforma operada por la Ley 38/2011. En el mismo sentido, vid. ESTEBAN VELASCO, G., “La acción individual de responsabilidad”, p. 283, que afirma que la suspensión de la prescripción de las acciones de responsabilidad no impide la suspensión del ejercicio de las acciones.

<sup>149</sup> Vid. MUÑOZ PAREDES, A., *Tratado judicial... ob. cit.*, p. 78, que cita expresamente el desvío de fondos como ejemplo paradigmático de actuación que causa un perjuicio directo para la sociedad, por lo que es de aplicación la acción social de responsabilidad.

medio de sus socias, pudo tener conocimiento del último acto de desvío de dinero por parte de don Miguel cuando el mismo elaboró las cuentas anuales; esto es, durante los tres primeros meses del año siguiente, el *dies a quo* debe ser el 31 de marzo de 2010. Por lo que, en el momento de declaración del concurso, diciembre de 2014, el ejercicio de la acción habría prescrito para la sociedad, en cuya posición se coloca la administración concursal en virtud del art. 48 quáter LC. Por lo tanto, la administración concursal no podrá ejercitar la acción social de responsabilidad contra don Miguel por estos hechos<sup>150</sup>.

Parece claro que la actuación de don Miguel como liquidador al enajenar bienes sociales por el 20% y 25% de su valor, precio muy inferior al valor normal de liquidación ha causado un daño directo al patrimonio social derivado de su obrar contraviniendo el deber de diligencia impuesto por el art. 225 LSC. Por lo que cumple con los requisitos exigidos para poder exigir responsabilidad por daños mediante el ejercicio de la acción social de responsabilidad.

Así, pues, la administración concursal podrá exigir a don Miguel -como única legitimada en sede concursal *ex art. 48 quáter*- los daños causados con su conducta mediante el ejercicio de la acción social de responsabilidad. Si entendemos que el valor normal de venta de bienes en liquidación es de la mitad de su valor contable, podemos cifrar el perjuicio causado por don Miguel a la sociedad en 140.000€<sup>151</sup>; que, de ser ejercitada la acción, deberán integrarse en la masa activa del concurso.

Sin entrar a analizar aquí este supuesto, considero de interés mencionar que la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, que se encontraba vigente al momento de celebración de los contratos de compraventa a que se refiere el caso, obliga a los promotores y constructores inmobiliarios que perciban entregas de dinero por parte de los compradores antes de la entrega de la vivienda a garantizar la devolución de esas cantidades mediante seguro o aval bancario, amén de ingresar dichas cantidades en cuenta bancaria especial separada de todas las demás cuentas de la sociedad. Por lo que, de haber incumplido esa obligación don Miguel, en su condición de administrador único, don Rafael, como comprador que ha realizado el pago del precio anticipadamente, podría ejercitar contra el mismo la acción de responsabilidad individual del art. 241 LSC<sup>152</sup>.

### II.4.3. Responsabilidad concursal

Como ya se ha puesto de manifiesto anteriormente (*vid. supra* II.3), la calificación como culpable del concurso y de don Miguel como persona afectada por la calificación tendrá, en lo que aquí interesa, una serie de efectos patrimoniales: don Miguel deberá a) indemnizar los daños y perjuicios causados, *ex art. 172.2.3º LC*; y b) cubrir el déficit concursal, de ser el caso, *ex art. 172 bis LC*<sup>153</sup>.

La doctrina y la jurisprudencia no son pacíficas en cuanto al alcance de la obligación de indemnizar del art 172.2.3º *in fine* LC<sup>154</sup>. Si bien el TS entiende que el ámbito objetivo de la misma se extiende “*no sólo a la conducta de haber obtenido indebidamente bienes y derechos del patrimonio del deudor [...] sino aquellas otras conductas que pueden dar lugar a exigir daños y*

<sup>150</sup> Sin perjuicio de que si, una vez concluido el concurso, los acreedores no hubieren visto totalmente satisfechos sus créditos pudiesen ejercitar la acción social de responsabilidad contra don Miguel, *ex art. 240 LSC*, comenzando a contar el plazo de prescripción de la acción desde el día de conclusión del concurso, habida cuenta de que no pudieron conocer el desvío de fondos realizado por don Miguel hasta que la administración concursal lo descubrió analizando la documentación aportada por la concursada.

<sup>151</sup> Resultado de la siguiente operación:  $20.000 \cdot (50\%/20\%) + 45.000 \cdot (50\%/25\%) = 50.000 + 90.000$

<sup>152</sup> *Vid.* MOYA JIMÉNEZ, A., *ob. cit.*, pp. 394-395; y STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 242/2014, de 23 de mayo, (RJ: 2014/2943), FJ 3º.

<sup>153</sup> Además, don Miguel perderá cualquier derecho que ostente frente a la sociedad concursada y deberá reintegrar a la masa cualquier bien o derecho que hubiera obtenido indebidamente de la sociedad. El caso no aporta datos en este sentido, por lo que me limito a apuntar la posible existencia de responsabilidad patrimonial en este sentido.

<sup>154</sup> *Vid.* MARÍN DE LA BÁRCENA, F., “Artículo 172. Sentencia de calificación” en PULGAR EZQUERRA, J. *Comentario a la Ley Concursal*, La ley – Wolters Kluwer, 2016, pp. 1834-1836; y HERNANDO MENDÍVIL, J., *ob. cit.*, pp. 66-80, recogiendo ambos autores las distintas opiniones al respecto.

*perjuicios causados a la sociedad por dolo o culpa grave*”<sup>155</sup>. Por lo que don Miguel deberá ser condenado en la sentencia de calificación del concurso a indemnizar el daño causado a la sociedad, cuya cuantía deberá haber sido determinada por la administración concursal en el informe de calificación del concurso *ex art. 169.1 in fine LC*. En principio, don Miguel podría responder por los daños causados mediante la liquidación indiligente de los bienes sociales, que habíamos cifrado en 140.000€ y por el desvío de fondos propios a una cuenta personal. El primero de los supuestos no plantea mayor problema, pero debemos examinar con mayor detenimiento si cabe exigir responsabilidad por la apropiación indebida de fondos. A este respecto entiendo que el plazo de prescripción de las acciones concursales para exigir responsabilidad por daños al administrador social debe regirse por lo dispuesto en el art. 949 CdC<sup>156</sup>, puesto que no se regula plazo alguno de prescripción en la Ley Concursal<sup>157</sup>. Por lo que, puesto que don Miguel abandonó su puesto de administrador el 19 de marzo de 2014 debido a la disolución de la sociedad<sup>158</sup>, y el concurso fue declarado a finales de ese mismo año, no ha transcurrido el plazo de prescripción del art. 949 CdC; pudiendo exigirse, por tanto, la indemnización de los daños causados por este hecho. Si entendemos que las cantidades relatadas hacen referencia a la cuota tributaria defraudada la Agencia Tributaria y que, por tanto, representan un 30% de los ingresos no declarados en las cuentas –tipo impositivo del Impuesto de Sociedades, que es el que se debe utilizar para determinar la deuda tributaria de la sociedad–, resulta que el perjuicio causado a la sociedad es de 983.333€<sup>159</sup>.

Por lo tanto, en base al art. 172.2.3º LC don Miguel deberá indemnizar a la masa activa por el daño causado con la liquidación indiligente de los bienes sociales y con el desvío a una cuenta personal de fondos sociales, por un montante de 1.123.333€.

El art. 172 bis LC establece la responsabilidad del administrador, que deberá cubrir, total o parcialmente, el déficit concursal, cuando concurren, en lo que aquí interesa, los siguientes requisitos: a) que la sección de calificación haya sido formada como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, b) que el concurso haya sido declarado culpable y c) que la masa activa sean insuficiente para satisfacer todos los créditos concursales<sup>160</sup>.

Existe un amplio debate doctrinal y jurisprudencial acerca de la naturaleza jurídica de la responsabilidad contenida en el actual art. 172 bis LC, siendo la postura mayoritaria que la misma es una responsabilidad-sanción o responsabilidad por deudas, y no una responsabilidad por daños<sup>161</sup>.

<sup>155</sup> Cfr. STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 490/2016, de 14 de julio, (RJ: 2016/3561), FJ 8º, con cita de la STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 108-2015, de 11 de marzo, (RJ: 2015/1799), FJ 3º.

<sup>156</sup> En este sentido, *vid.* MUÑOZ PAREDES, A., “La calificación del concurso. Sentencia de calificación y responsabilidad concursal”, pp. 707-708 (el autor se hace mención al art. 944 CdC, entiendo que se trata de una errata y que se refiere al art. 949 CdC); GARCÍA-CRUCES, J. A., “Artículo 172. Sentencia de calificación”, en ROJO, Á. y BELTRÁN, E. (DIRS.), *Comentario de la Ley Concursal. Tomo II*, Thomson – Civitas, 2004, p. 2598, que, aun que haciendo referencia al art. 172.3 LC (actual art. 172 bis LC), también entiende de aplicación la prescripción del art. 949 CdC; y GARCÍA-CRUCES, J. A. “La responsabilidad concursal”, p. 365, que, también en relación con el art. 172 bis LC y con cita de ALONSO UREBA, A. entiende de aplicación el plazo de prescripción del art. 949 CdC. En contra, *vid.* MARÍN DE LA BÁRCENA, F., “Artículo 172. Sentencia de calificación”, p. 1836, que considera que la indemnización del art. 172.2.3º LC debe entenderse limitada a los daños causados por el deudor imputables a los hechos en que se fundamenta la calificación como culpable del concurso. En mi opinión, creo que son aplicables a este caso, *mutatis mutandis*, los argumentos expuestos por el TS para entender de aplicación el art. 949 CdC al plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad societaria, que han sido recogidos por FERNÁNDEZ SEJO, J. M., “La prescripción de las acciones de responsabilidad”, pp. 701-703.

<sup>157</sup> En este sentido, *vid.* FERNÁNDEZ SEJO, J. M., “La prescripción de las acciones de responsabilidad”, p. 736, que afirma que el plazo de dos años a que se refiere el art. 172 LC no puede en ningún caso entenderse como un plazo de prescripción.

<sup>158</sup> *Vid.* STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 1176/2008, de 4 diciembre, (RJ: 2009/394), FJ 2º, que afirma expresamente que la apertura de la liquidación de la sociedad supone un motivo de cese del administrador que encaja con lo exigido por el art. 949 CdC.

<sup>159</sup>  $(150.000 + 100.000 + 45.000) \cdot 0,3 = 500.000€ + 333333€ + 150.000€ = 983.333€$

<sup>160</sup> *Vid.* ALONSO UREBA, A. “Artículo 172 bis. Responsabilidad concursal” en PULGAR EZQUERRA, J. *Comentario a la Ley Concursal*, La ley – Wolters Kluwer, 2016, pp. 1841-1849; y GARCÍA-CRUCES, J. A. “La responsabilidad concursal”, pp. 362-363; y STS de 16 de julio de 2012, FJ 3º.

<sup>161</sup> *Vid.* GARCÍA-CRUCES, J. A. “La responsabilidad concursal”, pp. 387-408, que recoge las diferentes opiniones doctrinales y jurisprudenciales y afirma que la línea seguida por el TS, que hasta ese momento era de considerar la responsabilidad como responsabilidad por deudas, cambia tras la reforma del art. 172 bis LC realizada por la Ley

Los dos primeros requisitos se cumplen, puesto que se abrirá la fase de liquidación, formándose, como consecuencia de ello, la sección de calificación, siendo el concurso declarado culpable y don Miguel persona afectada por la calificación (*vid supra* II.3).

Con respecto al tercero de los requisitos, debemos esperar a la conclusión de la fase de liquidación para saber si finalmente ha existido o no déficit concursal. Tras examinar las cuentas anuales de la sociedad, que reflejan una deuda de 490.000€<sup>162</sup>, parece claro que si don Miguel resarce los daños causados en base al art. 172.2.3º LC, que habíamos valorado en 1.123.333€, no existirá déficit concursal alguno, por lo que no deberá responder del déficit *ex art.* 172 bis LC. Por el contrario, si finalmente existiese déficit, don Miguel deberá responder del mismo en la proporción que el juez ordene en la sentencia de calificación<sup>163</sup>.

Sin intención de profundizar en este punto<sup>164</sup>, podemos, por último, apuntar que el art. 48 ter.1 LC faculta al juez, de oficio o a instancia de parte, a embargar bienes o derechos de los administradores o liquidadores cuando exista una posibilidad fundada de el concurso a) vaya a ser calificado como culpable, b) que el mismo acabará en liquidación y c) que exista un desbalance entre el activo y el pasivo, incluyendo los créditos contra la masa; esto es, que las personas afectadas por la calificación sean condenadas a la cobertura del déficit<sup>165</sup>. Por lo que, de existir la posibilidad fundada de que exista déficit concursal, don Miguel podría ver embargados sus bienes, puesto que en este caso parece claro que el concurso sera declarado culpable, puesto que la culpabilidad del mismo encuentra su fundamento en una de las causas en que la acreedora fundamentó su solicitud de declaración de concurso: la liquidación ruinosa de los bienes sociales por parte de don Miguel.

---

17/2014, considerándola actualmente una responsabilidad por daños; HERNANDO MENDÍVIL, J., *ob. cit.*, pp. 90-181, que recoge con gran profundidad las diferentes corrientes doctrinales y jurisprudenciales existentes; MUÑOZ PAREDES, A., “La calificación del concurso. Sentencia de calificación y responsabilidad concursal”, pp. 695-702; y ROJO, Á. y BELTRÁN, E., *Legislación... ob. cit.*, pp. 473-477, que recogen también amplia jurisprudencia sobre las diferentes posturas. A favor de considerar la responsabilidad como una responsabilidad por daños, *vid.* STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 395/2016, de 9 de junio, (RJ: 2016/2335), FJ 11º, con cita de la Sentencia del Pleno 772/2014, de 12 de enero de 2015, en que se afirma la naturaleza resarcitoria del art. 172 bis LC tras su modificación por el Decreto Ley 4/2104, de 7 de marzo.

<sup>162</sup> Es posible, claro está, que en el momento de la declaración del concurso el volumen de deudas de la sociedad fuese mayor y que la masa pasiva resultante del procedimiento concursal sea mayor que la referida, a lo que habrá que sumar los diversos créditos contra la masa que surjan a lo largo del proceso. Sería necesario conocer más datos acerca del patrimonio de la sociedad concursada, para poder afirmar con seguridad la cuantía de los créditos que deberán ser satisfechos en el concurso. Por lo que me limito a dejar constancia de lo limitado de mi análisis en este sentido y a apuntar la posible existencia de responsabilidad concursal, que debería concretarse en la práctica a la conclusión de la fase de liquidación.

<sup>163</sup> Existen opiniones encontradas en la doctrina y jurisprudencia acerca de cuál debe ser el criterio a seguir por el juez para determinar en qué medida deberá responder el condenado a la cobertura del déficit: un sector afirma que la LC no fija criterio alguno para su determinación, debiendo atenderse a la “*la gravedad objetiva de la conducta y el grado de participación del condenado en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso*” (Cfr. STS de 16 de julio de 2012, FJ 3º). Mientras que un sector doctrinal mayoritario (*Vid.* en este sentido GARCÍA-CRUCES, J. A. “La responsabilidad concursal”, pp. 382-387) y la jurisprudencia más reciente del TS entiende que es necesaria una «justificación añadida» para condenar a los administradores sociales a la cobertura del déficit concursal, siendo necesario que “*el tribunal valore, conforme a criterios normativos y al fin de fundamentar el reproche necesario, los distintos elementos subjetivos y objetivos del comportamiento de cada uno de los administradores en relación con la actuación que, [...] había determinado la calificación del concurso como culpable*” (Cfr. STS, de 9 de junio de 2016, FJ 11º).

<sup>164</sup> Puesto que sería necesario contar con mayor información que la que proporciona el caso acerca del estado patrimonial de la sociedad al momento de declaración del concurso y durante el transcurso del mismo.

<sup>165</sup> *Vid.* ALONSO UREBA, A. “Artículo 48 ter. Embargo de bienes” en PULGAR EZQUERRA, J. *Comentario a la Ley Concursal*, La ley – Wolters Kluwer, 2016, pp. 628-632; y MUÑOZ PAREDES, A., “La calificación del concurso. Sentencia de calificación y responsabilidad concursal”, pp. 714-715.



### III.- CUESTIONES PENALES

En que se dictamina sobre la responsabilidad penal derivada de los hechos descritos.

#### III.1. Consideraciones previas: la reforma del Código Penal

##### III.1.1. La sucesión de normas penales

Antes de comenzar a analizar los hechos descritos en el caso es necesario poner de manifiesto que en julio de 2015 entró en vigor la reforma de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante CP) efectuada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante L.O. 1/2015). Los hechos descritos en el caso tienen fecha de 2014 y años anteriores, por lo que han sido cometidos bajo la vigencia de los preceptos penales que la reforma modifica. Esto supone que deberá aplicarse la ley penal más favorable al reo para cada hecho concreto<sup>166</sup>. Por lo tanto, realizaré en primer lugar un somero análisis de la sucesión de normas penales, con el objetivo de determinar qué norma debe ser de aplicación a la hora de enjuiciar los hechos descritos y cómo determinar cuándo una norma penal es o no más favorable que otra<sup>167</sup>.

La legislación penal, en el art. 2.2 CP y en las D.T 1ª y 2ª de la L.O. 1/2015 dispone que deberá de aplicarse la ley vigente en el momento de la comisión del hecho delictivo, excepto que una norma posterior resulte más beneficiosa para el reo. De lo que se deduce la necesidad de aplicar a los delitos cometidos con anterioridad a julio del 2015 el Código Penal vigente en el momento de su comisión y, con carácter retroactivo, el Código Penal reformado en todo aquello que sea más beneficioso para el reo. Por ello, procederé a analizar los presuntos hechos delictivos a la luz de ambas normas (el código penal antes y después de la reforma de 2015) y estudiaré las consecuencias jurídicas que deriven del tipo penal en cada caso, justificando si la aplicación de la nueva normativa es o no más favorable para el reo.

Llegados a este punto, es necesario establecer qué criterios deben ser utilizados para determinar cuál es la ley penal más favorable. La respuesta a esta cuestión la encontramos en las D.T 1ª.2 y D.T. 2ª.1.II de la L.O. 1/2015<sup>168</sup>. Al ser el hecho cometido bajo la vigencia de la norma derogada y enjuiciado bajo la vigencia del CP reformado, la comparación tiene carácter abstracto, debiendo compararse el marco de penalidad aplicable al hecho bajo cada una de las normas<sup>169</sup>. En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo<sup>170</sup>. A la hora de determinar la pena bajo cada uno de los Códigos penales deberán aplicarse normas penales completas (prohibición de la aplicación de *lex tertia*, que deriva directamente del mandato de la D.T. 1ª.2)<sup>171</sup>. Por lo que en caso de concurso real se analizará de modo individual la pena para cada uno de los delitos, pudiendo aplicarse a cada uno de ellos un cuerpo legal diferente<sup>172</sup>, mientras que en el caso del concurso ideal

<sup>166</sup> A este respecto consultar PEITEADO MARISCAL, P., “Instrumentos para la Aplicación de la Ley Penal más favorable”, en GASCÓN INCHAUSTI, F., *Repercusiones sobre el Proceso Penal de la Ley Orgánica 5/2010, de Reforma del Código Penal*, Aranzadi-Thomson Reuters, 2010, pp. 267-339. Esta obra trata los efectos de la reforma penal efectuada en el año 2010. No obstante, creo que los contenidos relativos a la aplicación de la ley penal más favorable, por tratar la parte general del derecho penal, pueden ser utilizados para analizar los efectos de la actual reforma a este respecto. En este sentido ver también WOLTERS KLUWER, *Guías jurídicas. Aplicación de la norma más favorable*; y MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, Reppertor, 2015, pp. 122-124.

<sup>167</sup> Para profundizar en este sentido se puede consultar PEITEADO MARISCAL, P., *ob. cit.*

<sup>168</sup> Vid. PEITEADO MARISCAL, P., *ob. cit.*, pp. 272-273, que afirma que aunque las reglas de ambas disposiciones transitorias puedan parecer contradictorias o de aplicación a diferentes momentos procesales, esto no es lo que sucede. La D.T.1ª.2 establece la regla general de determinación de la ley penal más favorable y la D.T.2ª.1.II fija normas para resolver cuestiones concretas para las que la norma general no alcanza.

<sup>169</sup> Vid. PEITEADO MARISCAL, P., *ob. cit.*, p. 274.

<sup>170</sup> Cfr. ATS, de 18 de marzo de 1998, (RJ: 1998/2589), FJ 2º, en que se afirma lo siguiente: “En un nivel distinto debe situarse la comparación entre leyes penales aplicables cuando la sentencia no era firme en el momento de entrada en vigor del Código penal vigente y, especialmente, cuando la sentencia se dicta con posterioridad. El tribunal debe aquí comparar marcos de pena, si bien no ha de limitarse exclusivamente a los establecidos de modo abstracto en la parte especial del Código penal, sino que ha de acudir a una determinación del marco penal aplicable al hecho y al autor concretos de acuerdo con cada una de las leyes penales aplicables”.

<sup>171</sup> Vid. PEITEADO MARISCAL, P., *ob. cit.*, pp.276-280.

<sup>172</sup> Vid. PEITEADO MARISCAL, P., *ob. cit.*, pp.282-283.

o medial de delitos deberá aplicarse la misma norma a todos los hechos enjuiciados conjuntamente<sup>173</sup>.

Por todo lo anterior, determinaré el límite inferior y superior que correspondería a la pena en abstracto para cada hecho delictivo, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada caso, aplicando los preceptos del Código Penal anteriores y posteriores a la reforma. Cuando los límites inferior o superior de la pena imponible mediante el CP vigente resulten ser inferiores a aquellos que resultarían de aplicar el CP derogado, consideraré que la aplicación retroactiva de la normativa vigente es más beneficiosa para el reo, por lo que ésta debería ser la norma de aplicación. También consideraré que la Ley vigente es más beneficiosa para el reo, cuando incorpore una pena alternativa no privativa de libertad que no existiese con anterioridad a la reforma.

En aras de la claridad y la simplificación, me referiré a las normas del Código Penal anteriores a la reforma de julio de 2015 como <<CP/2013>>, año en que se produjo la última reforma del mismo<sup>174</sup>, y a las posteriores a la reforma de julio del 2015 como <<CP/2015>><sup>175</sup>. Cuando un precepto no haya sido reformado por la L.O. 1/2015 me referiré al mismo simplemente como <<CP>>.

A los efectos de posibles prescripciones de la responsabilidad penal, la fecha de resolución de este caso es el mes de febrero de 2017.

### III.1.2. Análisis de determinadas modificaciones del Código Penal

El CP ha sufrido importantes modificaciones tras su reforma por la L.O. 1/2015. Considero relevante analizar las reformas de mayor calado que son de aplicación al caso antes de comenzar a analizar los hechos descritos, para facilitar el estudio y la comprensión de los mismos.

Por un lado, la reforma del CP ha supuesto que, por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, difiera la forma de determinar la pena de los concursos ideal y medial. Hasta este momento, cuando existía un concurso ideal o medial de delitos debía imponerse, en ambos casos, la pena del delito más grave en su mitad superior. Sin embargo, tras la reforma se ha incrementado la pena a aplicar en caso de concurso medial con respecto a la que resultaba de aplicación con anterioridad a la reforma. De este modo, en caso de concurso medial de delitos se deberá aplicar una pena superior a la que hubiera correspondido a la infracción más grave, con el límite de la suma de las penas que correspondería imponer a los delitos de ser sancionados por separado<sup>176</sup>. Así, pues, el límite superior más elevado que se podía imponer mediante el concurso medial anterior a la reforma era el límite superior de la pena del delito más grave. Tras la reforma, el límite superior más elevado que se puede imponer es el de la suma de las penas concretas que se habían de imponer por separado<sup>177</sup>, que puede ser superior al límite superior de la pena del delito más grave.

De todo lo anterior se deduce que, *ceteris paribus*, la determinación de la pena aplicando el concurso medial posterior a la reforma será mayor que si la pena fuese determinada atendiendo a las reglas reguladoras del concurso ideal anterior a la reforma. Por lo tanto, cuando el delito más grave lleve aparejada la misma pena con anterioridad y posterioridad a la reforma, o penas distintas con el mismo límite superior, concluiré que es más beneficiosa para el reo la aplicación del Código Penal anterior a la reforma, y que éste debe ser el de aplicación.

<sup>173</sup> Vid. PEITEADO MARISCAL, P., *ob. cit.*, pp.283-284.

<sup>174</sup> En el caso se relatan hechos ocurridos en los años 2007, 2008 y 2009, relativos a delitos de falseamiento de cuentas anuales, apropiación indebida y contra la Hacienda Pública. Este último delito, tipificado en el art. 305 CP ha sufrido ciertas modificaciones que no afectan a sus elementos típicos o marco punitivo. Por lo tanto, en aras de la simplificación, analizaré el mismo siguiendo la redacción vigente en el año 2013. Con la salvedad de que, mediante la reforma sufrida por el CP en el año 2010 se introduce el art. 310 bis CP (en relación con el art. 31 bis CP), que introduce la responsabilidad de las personas jurídicas, por lo que debería ser de aplicación la redacción vigente en el momento de la comisión, no enfrentándose a responsabilidad penal la sociedad CONSTRUCCIONES BALEA, SA.

<sup>175</sup> En relación con esto me gustaría apuntar que, para determinadas obras, he utilizado una edición anterior y posterior a la reforma, para poder resolver los delitos aplicando la normativa anterior y posterior a la misma. Lo que implica que en determinados casos, la referencia de dos obras solo se diferenciará por la fecha de publicación, por ser todos los demás elementos coincidentes, lo que puede dificultar el análisis bibliográfico.

<sup>176</sup> Vid. CADENA SERRANO, F. Á., “La aplicación judicial de la pena. Reglas generales y especiales. Novedades de la LO 1/2015”, *Revista del Ministerio Fiscal*, nº0, 2015, pp. 29-34.

<sup>177</sup> Vid. CADENA SERRANO, F. Á., *Revista del Ministerio Fiscal*, nº0, 2015, p. 32.

Por otro lado, la reforma de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, mediante la reforma del art. 31 bis CP, se limita a establecer nuevos supuestos de exención de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, mediante la implantación de sistemas de vigilancia y control, y a la exclusión del nacimiento de responsabilidad penal de la persona jurídica por la actuación de los administradores de derecho de la misma. Puesto que los nuevos artículos 31 ter a quinquies CP/2015 no son más que la reubicación de los antiguos apartados 2, 3 y 4 del art. 31 bis CP/2013<sup>178</sup>.

De lo expuesto en el caso se deduce que en la sociedad CONSTRUCCIONES BALEA, SA no existe sistema alguno de supervisión y control y que todas las actuaciones en nombre de la sociedad son realizadas por don Miguel, en su condición de administrador único. Por lo que esta reforma no tendrá efecto alguno en las responsabilidades penales emanadas de los hechos descritos en el caso. Así, pues, las penas impuestas a la persona jurídica, atendiendo a los concretos hechos relatados en el caso, serán las mismas con anterioridad y posterioridad a la reforma, por lo que únicamente atenderé al análisis de la responsabilidad de las personas físicas a la hora de determinar la normativa penal aplicable a cada hecho.

### III.2. Análisis de los hechos descritos y su posible encaje en un tipo penal

#### III.2.1. Concurso medial entre un delito de imposición de acuerdo lesivo adoptado por mayoría ficticia y un delito de lesiones

Como veremos a continuación, nos encontramos ante un concurso medial entre un delito de lesiones básicas del art. 147.1 CP/2013 y un delito de imposición de un acuerdo lesivo adoptado por mayoría ficticia del art. 292 CP, del que don Miguel es responsable a título de autor, por el que se podría enfrentar a una pena de prisión de seis meses a tres años o de multa del tanto al triplo del beneficio obtenido en su mitad superior (*ex art. 77 CP/2013*). Por lo que para la determinación de la pena deberá atenderse al delito más grave; que, en este caso, es el delito de imposición de acuerdo lesivo adoptado por mayoría ficticia, que no se ve modificado por la reforma del año 2015. Por lo que, tal y como he argumentado (*vid. supra* III.1.2), la aplicación del CP tras la reforma será más gravosa para el reo y deberá ser de aplicación el CP/2013.

##### III.2.1.1. Delito de imposición de un acuerdo lesivo adoptado por mayoría ficticia

*Don Miguel indica a doña Yaiza una hora de reunión errónea, con la intención de que ésta no asista a la junta general. Esto se debe a que conoce su intención de votar, junto con doña Nerea, en contra de su designación como liquidador.*

En este caso, parece existir un concurso aparente de normas entre el delito de imposición de un acuerdo lesivo adoptado por mayoría ficticia del art. 292 CP y el delito societario del art. 293 CP, concurso que se resuelve a favor del art. 292 CP atendiendo al principio de consunción<sup>179</sup>. El art. 292 CP no ha sido modificado por la reforma de la L.O. 1/2015, por lo que es inmediato que la pena aplicando el nuevo Código Penal no resultará inferior y que deberá aplicarse el CP/2013.

El art. 292 CP exige el siguiente comportamiento típico<sup>180</sup>: a) que el sujeto activo del delito sea un socio o administrador de la sociedad; b) la conformación de una mayoría ficticia con el objetivo de obtener el fin pretendido por el autor<sup>181</sup>; y c) la adopción de un acuerdo lesivo para la sociedad o para alguno de los socios, no siendo necesaria la causación de un perjuicio patrimonial<sup>182</sup>.

<sup>178</sup> Vid. QUINTERO OLIVARES, G., "La reforma del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas" en QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, pp. 77-91.

<sup>179</sup> Vid. FARALDO CABANA, P., *Los delitos societarios: adaptada a la reforma del Código penal de 2015*, Tirant lo Blanch, 2015, p. 254.

<sup>180</sup> Vid. MORALES PRATS, F., "De los delitos societarios", en QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.), *Comentarios al Código Penal Español. Tomo II*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2016, pp.476-479; y FARALDO CABANA, P., *Los delitos societarios: adaptada... ob. cit.*, pp. 238-250.

<sup>181</sup> La enumeración de modos de lograr esta mayoría ficticia debe ser entendida *ad exemplum*, como pone de manifiesto la expresión "por cualquier otro medio o procedimiento semejante". A este respecto, *vid.* SAP de Madrid 450/2009, de 23 de octubre (ARP: 2010/169), FJ 4º, que entiende que la compra de acciones en autocartera, cuatro días antes de una junta y ocultando este hecho al resto de socios encaja en el tipo del art. 292 CP.

<sup>182</sup> Vid. FARALDO CABANA, P., *Los delitos societarios: adaptada... ob. cit.*, pp. 235, 237 y 246-248, que afirma que es posible "obtener un beneficio sin perjudicar [patrimonialmente] a la sociedad ni a los socios"; y SAP de Madrid, de 23 de octubre de 2009, FJ 6º, que entiende perfectamente subsumible en el tipo penal la causación de un daño moral a los socios. En contra *vid.* MORALES PRATS, F., *ob. cit.*, pp. 478-479, que entiende que es necesaria la causación de un perjuicio económico para el patrimonio de la sociedad.

La expresión de cierre del artículo “*sin perjuicio de castigar el hecho como corresponde si constituyese otro delito*” debe entenderse en el sentido de que si el autor del delito se vale de medios similares a los ejemplificados, pero de entidad suficiente como para constituir un delito autónomo será de aplicación el concurso de delitos<sup>183</sup>.

El primero de los elementos del tipo se cumple al ser don Miguel socio y administrador único de la sociedad.

El segundo requisito se cumple desde el momento en que don Miguel trata de impedir a doña Yaiza el ejercicio del derecho de voto al indicar una hora de reunión errónea<sup>184</sup>. Además, atendiendo a las concretas circunstancias que rodean a la junta de socios, en la que don Miguel agrede a doña Yaiza, provocando que la misma abandone la junta, se puede entender que don Miguel se sirve de un delito básico de lesiones del art. 247.1 CP (*vid infra* III.2.1.2) para lograr la mayoría ficticia necesaria para la aprobación del acuerdo lesivo<sup>185</sup>. Por lo que nos encontramos ante un concurso medial de delitos<sup>186</sup>.

El tercer y último requisito, la adopción de un acuerdo lesivo, se cumple al ser aprobado un acuerdo que designa a don Miguel, cuya gestión social había provocado la descapitalización de la sociedad, como liquidador cuando dos de las socias tenían serias dudas en cuanto a su diligencia como administrador<sup>187</sup>.

En conclusión, nos encontramos ante un delito de imposición de un acuerdo lesivo adoptado por mayoría ficticia del art. 292 CP, del que don Miguel es responsable a título de autor, por el que, de ser enjuiciado de modo independiente, se enfrentaría a una pena de prisión de seis meses a tres años o de multa del tanto al triplo del beneficio obtenido. Cabe destacar que para que este delito sea perseguible es necesaria denuncia del agraviado, *ex art.* 296 CP<sup>188</sup>.

### III.2.1.2. Delito de lesiones

*Se inicia una fuerte discusión entre los hermanos, que va aumentando de intensidad hasta que don Miguel golpea fuertemente en la cabeza a doña Yaiza con un abrecartas, causándole una herida en la nuca que precisa de diez puntos de sutura.*

Esta conducta podría encajar con el tipo penal de los arts. 147.1 o 148.1º CP/2013, por lo que nos encontramos ante un posible delito de lesiones básicas o bien de lesiones agravadas.

En el caso se nos dice que doña Yaiza ha sufrido una herida en la cabeza, lo supone un menoscabo de su integridad corporal, que requirió de 10 puntos de sutura, por lo que se cumple con el requisito exigido por el art. 147.1CP/2013 para considerar la acción delito y no falta, al ser necesario tratamiento médico para la sanación de la herida<sup>189</sup>. Queda claro que se cumplen los elementos del tipo básico. Pero, dado el medio utilizado para producir la lesión, debemos estudiar si esta conducta podría encajar en el subtipo agravado del art. 148.1º CP/2013, que será de aplicación cuando se causen las lesiones utilizando armas, instrumentos, objetos, métodos o formas concretamente peligrosos para la vida o la salud del lesionado. El abrecartas, por ser un objeto de metal, afilado y terminado en punta, encaja en esta descripción. No obstante, para apreciar este subtipo no basta con que el medio sea peligroso, sino que “*dicha peligrosidad debe expresarse en la*

<sup>183</sup> Vid. FARALDO CABANA, P., *Los delitos societarios: adaptada...ob. cit.*, pp. 246 y 253-255; y MORALES PRATS, F., *ob. cit.*, pp. 479-480, aunque entiende que nos podríamos encontrar ante un concurso de normas penales en ciertos casos.

<sup>184</sup> Vid. FARALDO CABANA, P., *Los delitos societarios: adaptada...ob. cit.*, p. 246, que cita como ejemplo el supuesto en que se omite la hora de celebración de la junta con el fin de evitar la asistencia de algún socio con derecho a voto.

<sup>185</sup> Vid. FARALDO CABANA, P., *Los delitos societarios: adaptada...ob. cit.*, p. 254, que cita como ejemplos de delitos en concurso con el del art. 292 CP las coacciones y las amenazas, entre otros.

<sup>186</sup> Vid. CADENA SERRANO, F. Á., *Revista del Ministerio Fiscal*, nº0, 2015, pp. 31-32.

<sup>187</sup> Entiendo que imposibilitar la destitución de un administrador que ha causado un perjuicio patrimonial a la sociedad con su actuación negligente causa un efectivo perjuicio a la sociedad, y podría argumentarse que también a los socios que quieren destituir al administrador negligente en beneficio de la sociedad (*vid supra* sobre lo argumentado por la AP de Madrid sobre el daño moral causado a los administradores injustamente destituidos).

<sup>188</sup> El art. 296 CP es modificado por la L.O. 1/2015, pero únicamente para modificar el término “*incapaz*” por la expresión “*persona con discapacidad necesitada de especial protección*”, por lo que, en lo que aquí importa, podemos afirmar que éste precepto no ha sufrido ninguna modificación alguna de relevancia. A este respecto *vid.* TAMARIT SUMALLA, J. M., “El nuevo tratamiento de las personas con discapacidad: ¿tan sólo una cuestión conceptual?” en QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, pp. 71-73.

<sup>189</sup> Vid. FELIP I SABORIT, D., *ob. cit.*, 2011, p. 70.

*configuración concreta de la ejecución del hecho. Ello dependerá de las características singulares del arma u objeto, su forma de utilización, la zona del cuerpo atacada, etc.*”<sup>190</sup>. De lo expuesto en el caso no se puede concluir fehacientemente que haya existido una concreción de la peligrosidad abstracta que supone el uso de un abrecartas. Por lo tanto, y aplicando el principio de *in dubio pro reo*<sup>191</sup>, debemos concluir que no cabe aplicar el tipo agravado del art. 148.1º CP/2013.

En conclusión, nos encontramos ante un delito de lesiones básicas del art. 147.1 CP/2013, del que don Miguel es culpable a título de autor, por el que, de ser enjuiciado el hecho de modo independiente, se enfrentaría a una pena de prisión de seis meses a tres años<sup>192</sup>.

La reforma del CP no modificó la conducta típica regulada en el art. 147.1 CP/2013. No obstante, el nuevo art. 147.1 CP/2015 reduce el límite mínimo de la pena de prisión de seis a tres meses y, además, establece una pena alternativa de multa de seis a doce meses<sup>193</sup>. Por reducir el límite inferior de la pena privativa de libertad (de 6 a 3 meses) e incorporar una pena alternativa no privativa de libertad, la redacción del reformado art. 147.1 CP/2015 es más beneficiosa para el reo que la redacción anterior a la reforma. Por lo que este hecho, de ser juzgado de modo independiente, debería serlo bajo los preceptos del cuerpo legal vigente.

### III.2.2. Falta de amenazas

*Doña Nerea comienza a insultar e increpar a don Miguel, diciendo cosas como “me las vas a pagar, el día que nos encontremos a solas voy a ponerte un ojo morado”.*

Esta conducta podría encajar con el tipo penal del art. 169.2º CP/2013, constituyendo un delito de amenazas no condicionales, o con el tipo penal del art. 620.I.2º CP/2013, constituyendo una falta de amenazas<sup>194</sup>. Para determinar si nos encontramos ante un delito o una falta debemos atender a la gravedad de los hechos concretos del caso<sup>195</sup>, en los que doña Nerea amenaza con causar una lesión leve a don Miguel, en los que no existe reiteración de la amenaza, ni comportamiento violento por parte de la autora y en los que la amenaza se produce como consecuencia de la ira y frustración momentáneas por ver a su hermana herida y no a un deseo de intimidar a la víctima. Por todo lo anterior, valoro la amenaza como leve<sup>196</sup>, por lo que sería constitutiva de una falta de amenazas del art. 620.I.2º CP/2013 y no del delito del art. 169.2º CP/2013.

Por lo tanto, con anterioridad a la reforma nos encontramos ante una falta de amenazas del art. 620.I.2º CP/2013, del que doña Nerea es culpable a título de autora, por el que se enfrentará a una pena de multa de 10 a 20 días<sup>197</sup>. No obstante lo anterior, las faltas prescriben a los seis meses de su comisión (art. 131.2 CP/2013), no existiendo responsabilidad penal por este hecho.

La reforma del CP que tuvo lugar en el año 2015 simplemente supuso la supresión de la falta por amenazas y la integración de este tipo en el art. 171.7 CP/2015, calificándolo de delito leve de

<sup>190</sup> Cfr. FELIP I SABORIT, D., *ob. cit.*, 2011, p. 73.

<sup>191</sup> Vid. WOLTERS KLUWER, *Guías jurídicas. In dubio pro reo*.

<sup>192</sup> No obstante lo anterior, por ser el autor y la víctima hermanos, es de aplicación la circunstancia mixta de parentesco del art. 23 CP, por lo que responsabilidad penal por este hecho podrá verse agravada si así lo estima oportuno el tribunal. Vid. MIR PUIG, S., *ob. cit.*, pp. 662-663.

<sup>193</sup> Vid. TAMARIT SUMALLA, J. M., “Lesiones”, en QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, pp. 347-348; y FELIP I SABORIT, D., “Las lesiones”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (DIR.), *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, Atelier, 2015, pp. 76-77.

<sup>194</sup> Vid. RAGUÉS I VALLÈS, R., “Delitos contra la libertad”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (DIR.), *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, Atelier, 2011, pp. 100-102.

<sup>195</sup> “La diferencia entre el delito y la falta se ha de discernir atendiendo a la mayor o menor gravedad del mal pronosticado y a la mayor o menor seriedad y credibilidad del anuncio del mismo, habiendo de valorarse la amenaza en función de la ocasión en que se profiere, personas intervinientes y actos anteriores, simultáneos y posteriores relacionados con las expresiones amenazantes” (Cfr. ATS 364/2002, de 13 de febrero de 2002, (JUR: 2002\61727), FJ único).

<sup>196</sup> Vid. STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, 159/2007, de 21 de febrero, (RJ: 2007/3182), FJ 4º, en la que el TS condena por una falta de amenazas a un hombre que amenaza de muerte a su exmujer, dadas las concretas circunstancias que rodean al hecho.

<sup>197</sup> No obstante lo anterior, por ser el autor y la víctima hermanos, es de aplicación la circunstancia mixta de parentesco del art. 23 CP, por lo que responsabilidad penal por este hecho podrá verse agravada si así lo estima oportuno el tribunal. Vid. MIR PUIG, S., *ob. cit.*, pp. 662-663. Además, cabe destacar que este hecho solo será perseguible mediante denuncia del agraviado.

amenazas<sup>198</sup>, sin modificar la conducta típica regulada. Por tanto, de enjuiciar la conducta mediante lo dispuesto en el CP/2015 ésta será constitutiva del delito leve de amenazas del art. 171.7 CP/2015<sup>199</sup>, del que doña Nerea es culpable a título de autora y por el que se enfrentará a una pena de multa de uno a tres meses<sup>200</sup>. No obstante lo anterior, los delitos leves prescriben al año de su comisión (art. 131.1.IV CP/2015), no existiendo, por tanto, responsabilidad penal por este hecho.

La reforma de la L.O. 1/2015 agrava la pena para el hecho analizado, al pasar de ser considerado falta a delito leve, aumentando tanto el límite inferior (de 10 a 30 días) como el superior (de 20 días a 3 meses) de la pena. Por lo que la normativa vigente no es más beneficiosa para el reo que la derogada. Así, pues, de ser enjuiciada, doña Nerea debería serlo bajo los preceptos de la ley vigente en el momento de la comisión. No obstante, como ya he puesto de manifiesto, no existe responsabilidad penal por este hecho por haber prescrito la misma.

### III.2.3. Falta de daños

*Doña Yaiza abandona el local para dirigirse al centro médico más cercano y pinchar las ruedas del coche de don Miguel, que se encontraba aparcado en la puerta del local, como represalia por lo ocurrido. El coste de la reparación de los neumáticos asciende a 380 €.*

Esta conducta encaja con el tipo penal del art. 263 CP/2013, por lo que nos encontraríamos ante un posible delito de daños, y con el tipo penal del art. 625 CP/2013, con lo que nos encontraríamos ante una posible falta de daños<sup>201</sup>. Atendiendo al coste de la reparación de los neumáticos, que es de 380€, esta conducta encaja con el tipo del art. 625.1 CP/2013, por cumplir el requisito de que el daño no exceda de 400€. Por lo tanto, con anterioridad a la reforma, nos encontramos ante una falta de daños del art. 625.1 CP/2013, del que doña Yaiza es culpable a título de autora, por el que se enfrentará a una pena de localización permanente de 2 a 12 días o de multa de 10 a 20 días. No obstante lo anterior, el art. 268 CP/2013 contempla una excusa absolutoria que supone la falta de punibilidad de la acción descrita en el caso, por tratarse de una falta de carácter patrimonial entre hermanos y no existir violencia ni intimidación<sup>202</sup>. Por tanto, no existirá responsabilidad penal por este hecho.

Tras la reforma, el CP/2015 mantiene la diferencia en la gravedad del hecho en función de la cuantía del daño causado con el límite cuantitativo de 400€. Al eliminar las faltas, los daños inferiores a 400€ pasan a ser recogidos en el art. 263.1.II CP/2015<sup>203</sup>. De este modo, la conducta encaja con el delito leve de daños del art. 263.1.II del CP/2015. Así, pues, doña Yaiza es culpable a título de autora de un delito leve de daños del art. 263.1.II CP/2015, por el que se enfrenta a una pena de multa de uno a tres meses. Al igual que con anterioridad a la reforma, no existirá responsabilidad penal por este hecho al ser de aplicación la excusa absolutoria del art. 268 CP/2015.

La reforma efectuada por la L.O. 1/2015 elimina la pena privativa de libertad e incrementa los límites inferior (de 10 a 30 días) y superior (de 20 días a 3 meses) de la pena de multa. Por eliminar la posibilidad de aplicar una pena privativa de libertad, entiendo que es más beneficioso para el reo el precepto reformado, independientemente del agravamiento de la pena multa. Puesto que entiendo que una pena privativa de libertad es, en todo caso, más gravosa que una multa

<sup>198</sup> Vid. RAGUÉS I VALLÈS, R., “Delitos contra la libertad”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (DIR.), *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, Atelier, 2015, p. 108.

<sup>199</sup> Vid. RAGUÉS I VALLÈS, R., *ob. cit.*, 2015, p. 108, que afirma que “para determinar el concepto de levedad exigido por el precepto, será necesario en los próximos años acudir todavía a la jurisprudencia anterior a la reforma”.

<sup>200</sup> No obstante lo anterior, por ser el autor y la víctima hermanos, es de aplicación la circunstancia mixta de parentesco del art. 23 CP, por lo que responsabilidad penal por este hecho podrá verse agravada si así lo estima oportuno el tribunal. Vid. MIR PUIG, S., *ob. cit.*, pp. 662-663. Además, cabe destacar que este hecho solo será perseguible mediante denuncia del agraviado.

<sup>201</sup> Vid. ROBLES PLANAS, R. Y PASTOR MUÑOZ, N., “Delitos contra el patrimonio (III)”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (DIR.), *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, Atelier, 2011, pp. 266-267.

<sup>202</sup> En este sentido, vid. SAP de Almería 161/2002, de 2 de julio, (JUR: 2002/227032), FJ 2º y SAP de Valencia 218/2013, de 6 de marzo (JUR: 2013/187522, FJ 2º, que afirman que esta excusa absolutoria es de aplicación a las faltas a pesar del tenor literal del artículo, que solo hace referencia a los delitos.

<sup>203</sup> Vid. ROBLES PLANAS, R. Y PASTOR MUÑOZ, N., “Delitos contra el patrimonio (III)”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (DIR.), *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, Atelier, 2015, pp. 292-293.

pecuniaria. No obstante, como ya he puesto de manifiesto, no existe responsabilidad penal por este hecho por ser de aplicación la circunstancia absolutoria del art. 268 CP/2015<sup>204</sup>.

### III.2.4. Delito de administración desleal

*Don Miguel trata de agilizar la enajenación de los bienes en liquidación todo lo posible, puesto que necesita el dinero cuanto antes para poder emprender otros negocios. Dado el carácter específico de la maquinaria utilizada, la situación de crisis económica y la rapidez requerida por don Miguel, los dos primeros lotes de bienes, enajenados el día 2 de octubre de 2014, son vendidos por 20.000€ y 45.000€, un 20% y un 25% de su respectivo valor contable.*

Esta conducta podría encajar tanto con el tipo penal del art. 252 CP/2013, constituyendo un delito de apropiación indebida en su modalidad de distracción, como con el tipo penal del art. 295 CP/2013, constituyendo un delito de administración desleal. Por tanto, es necesario, en primer lugar, establecer las diferencias existentes entre ambos tipos penales, atendiendo a los criterios establecidos por el Tribunal Supremo<sup>205</sup>.

De lo descrito en el caso se deduce que don Miguel no pretende apropiarse del dinero procedente de la liquidación de los bienes para sí, incorporándolo a su propio patrimonio. Sino que, excediéndose intensivamente en el uso de las facultades de que dispone como liquidador de la sociedad, causa un perjuicio al patrimonio de la misma en beneficio propio; pero no enriqueciéndose o apropiándose de los bienes, sino pretendiendo disponer con la mayor rapidez posible de su parte del dinero resultante de la liquidación<sup>206</sup>. Por lo tanto, nos encontramos ante un posible delito de administración desleal del art. 295 CP/2013<sup>207</sup>.

El tipo del art. 295 CP/2013 exige el cumplimiento de cinco requisitos<sup>208</sup>: a) que el sujeto activo sea administrador de hecho o de derecho con capacidad para obligar a la sociedad por el cargo que ocupa en la misma; b) que exista un quebrantamiento del deber de lealtad, bastando con que el acto sea abusivo, sin necesidad de que el mismo sea ilegal; c) que exista un perjuicio económico evaluable para la sociedad o sus socios; d) que exista un beneficio para el sujeto activo o un tercero<sup>209</sup>; y e) que la acción típica tenga lugar en el ámbito de una sociedad.

<sup>204</sup> A mayor abundamiento, los delitos leves prescriben al año de su comisión (art. 131.1.IV CP/2015). Por lo que, aun que no fuese de aplicación la excusa absolutoria la responsabilidad penal estaría prescrita.

<sup>205</sup> El TS afirma que “la tesis delimitadora más correcta entre los tipos penales de la distracción de dinero y bienes fungibles (art. 252 del C. Penal) y del delito de administración desleal es la que se centra en el grado de intensidad de la ilicitud del comportamiento del autor en contra del bien jurídico tutelado por la norma penal. De modo que ha de entenderse que las conductas previstas en el art. 295 del CP comprenden actos dispositivos de carácter abusivo de los bienes sociales, pero sin un fin apropiativo o de incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, de ahí que se hable de actos de administración desleal. En cambio, la conducta de distracción de dinero prevista en el art. 252 del C. Penal, ya sea a favor del autor del delito o de un tercero, presenta un carácter de apropiación o de incumplimiento definitivo que conlleva un mayor menoscabo del bien jurídico” (Cfr. STS 476/2015, de 13 de julio, (RJ: 2015/3592), FJ 1º, que recoge una exposición de la evolución histórica que el TS ha seguido a la hora de deslindar ambos delitos). En este mismo sentido y sintetizando también la evolución histórica de la jurisprudencia del TS, vid. STS 433/2015, de 2 de julio, (RJ: 2015/3901), FJ 8º; DOLZ LAGO, M.-J., “Aspectos sobre la reforma de los delitos de administración desleal de patrimonios ajenos privados y de apropiación indebida, tras la L.O. 1/2015”, *Revista del Ministerio Fiscal*, nº1, 2016, pp. 160-168; JUAN SANJOSÉ, R. J., *El administrador ha distraído dinero de la sociedad, ¿Apropiación indebida o Administración desleal?*, Noticias Jurídicas, 2014; y (DE) PORRES ORTIZ DE URBINA, E., *El nuevo delito de administración desleal. Análisis del tipo objetivo*, Lefebvre-El Derecho, 2016.

<sup>206</sup> Con su actuación don Miguel no vulnera el bien jurídico protegido por el delito de apropiación indebida, el derecho de propiedad, ya que no estaría incorporando a su patrimonio más que lo que le correspondería en base a su participación en la sociedad. Vid. FARALDO CABANA, *Los delitos societarios: aspectos... ob. cit.*, pp. 356-360, que considera necesario el *animus rem sibi habendi* para entender que nos hallamos ante el delito de apropiación indebida, no bastando la mera intención de obtener un beneficio o causar un perjuicio; y PASTOR MUÑOZ, N., “Delitos contra el patrimonio (II)”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.), *Lecciones de derecho penal, Parte especial*, Altier, 2011, p. 246.

<sup>207</sup> Puesto que el bien jurídico protegido por el delito de administración desleal es el patrimonio de la sociedad, que se concreta en el deber de abstenerse de realizar actos que supongan privilegiar los intereses personales por encima de los sociales. Vid. FARALDO CABANA, *Los delitos societarios: aspectos... ob. cit.*, pp. 320-327.

<sup>208</sup> Vid. JUAN SANJOSÉ, R. J., *ob. cit.*

<sup>209</sup> A este respecto, matiza la STS 162/2013, de 21 de febrero, (RJ: 2013/4386), FJ 18º, que “basta la despatrimonialización de la sociedad, no siendo necesario que se pruebe que el beneficio ha quedado incorporado al patrimonio del acusado, sino únicamente acreditar el perjuicio patrimonial de lo administrado como consecuencia de la gestión desleal infractora de los deberes de fidelidad inherentes a su función”.

En el caso se dice que don Miguel es administrador único de la sociedad CONSTRUCCIONES BALEA, SA y posteriormente liquidador de la misma, con lo que se da cumplimiento al primer requisito del tipo<sup>210</sup>.

En segundo lugar, don Miguel realiza la liquidación apresuradamente por un valor manifiestamente inferior al que correspondería en un proceso de liquidación diligente, con lo que se da cumplimiento al segundo requisito del tipo.

En cuanto a la existencia de perjuicio económico, debemos tomar como referencia el valor normal de liquidación de los bienes de una sociedad en una liquidación media realizada por un liquidador medio diligente, que podemos entender cercano al 50% de su valor contable. En este caso, la venta se ha realizado por un 20% y un 25% del valor de los bienes; es decir, por menos de la mitad del valor que cabría esperar de un liquidador diligente. Por lo tanto, parece claro que existe un perjuicio patrimonial directo para la sociedad e indirecto para las restantes socias.

Don Miguel obtiene un beneficio de su actuación fraudulenta al poder contar con la rapidez necesaria del dinero que precisa para emprender otros negocios, con lo que se da cumplimiento al cuarto de los requisitos del tipo. Por último, CONSTRUCCIONES BALEA, SA es una sociedad anónima que encaja dentro de la definición de sociedad del art. 297 CP/2013 y cumple con el último de los requisitos del tipo.

Por tanto, con anterioridad a la reforma, don Miguel es culpable a título de autor de un delito de administración desleal del art. 295 CP/2013 enfrentándose a una pena de prisión de 6 meses a 4 años o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido. Cabe destacar que para que este delito sea perseguible es necesaria denuncia del agraviado, *ex art. 296 CP/2013 (vid. supra III.2.1.1)*.

Tras la reforma efectuada por la L.O. 1/2015, el delito de administración desleal pasa a encontrarse regulado en el art. 252 CP/2015, siendo ahora un delito genérico de administración desleal; esto es, un delito contra el patrimonio y no un delito societario<sup>211</sup>. Parece claro, entonces, el encaje de la actuación de don Miguel en el nuevo delito de administración desleal del art. 252 CP/2015. El tipo del delito de administración desleal del art. 295 CP/2013 coincide, en lo esencial, con el del nuevo delito de administración desleal genérico del art. 252 CP/2015<sup>212</sup>, salvo que, tras la reforma, ya no es necesario a) el ánimo de lucro<sup>213</sup>; b) que el autor sea administrador de una sociedad, sino que cualquier administrador de patrimonio ajeno puede ser sujeto activo del delito<sup>214</sup>; ni c) que el patrimonio al que se causa perjuicio sea el de una sociedad<sup>215</sup>. Por lo tanto, el art. 252 CP/2015 amplía el tipo penal con respecto al del art. 295 CP/2013. De este modo, si la conducta analizada encajaba en el tipo del art. 295 CP/2013, con más motivo encaja en el tipo de administración desleal genérica de patrimonio ajeno privado del art. 252 CP/2015.

Sin embargo, en cuanto a la determinación de la pena, sí existe una notable diferencia. Y es que el art. 252 CP/2015, remitiendo a los arts. 249 y 250 CP/2015, contempla un tipo agravado de la administración desleal. En concreto, el art. 250.1.5º CP/2015, en relación con el art. 252 CP/2015, establece que si el valor del perjuicio patrimonial excede de 50.000€ se impondrá una pena superior a la del tipo básico. Por tanto, es necesario cuantificar el valor del perjuicio patrimonial causado a la sociedad. Decíamos que el valor normal de enajenación de los bienes en liquidación es del 50% de su valor contable. Partiendo de lo expuesto en el caso podemos deducir que el valor contable de los

<sup>210</sup> La STS de 21 de febrero de 2013, FJ 18º, afirma que sigue cumpliéndose con el tipo objetivo del art. 295 CP/2013 cuando el autor del delito es un administrador-liquidador de la sociedad.

<sup>211</sup> Vid. DOLZ LAGO, M.-J., *Revista del Ministerio Fiscal*, nº1, 2016, pp. 157 y 169, que afirma que “se simplifican los delitos, de forma que quien incorpora a su patrimonio, o de cualquier modo ejerce facultades dominicales sobre una cosa mueble que ha recibido con obligación de restituirla, comete delito de apropiación indebida (ahora regulado en el art. 253 CP/2015), mientras que quien recibe como administrador facultades de disposición sobre dinero, valores u otras cosas genéricas fungibles, sobre las que no viene obligado a devolver las mismas cosas recibidas, sino otro tanto de la misma calidad y especie, y realiza actuaciones para las que no ha sido autorizado, perjudicando de este modo el patrimonio administrado, comete un delito de administración desleal”; y PRECIADO DOMÉNECH, C. H., “La apropiación indebida”, en QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015., pp. 525-526.

<sup>212</sup> Vid. DOLZ LAGO, M.-J., *Revista del Ministerio Fiscal*, nº1, 2016, pp. 156-159.

<sup>213</sup> Vid. *Ibidem*, p. 205.

<sup>214</sup> Vid. *Ibidem*, p. 187.

<sup>215</sup> Vid. *Ibidem*, p. 190.



lotes de bienes enajenados era de 100.000€ y 180.000€ respectivamente<sup>216</sup>. Por lo que su valor normal de liquidación debería haber sido de 50.000€ y 90.000€. Por tanto, se ha producido un perjuicio patrimonial a la sociedad de 75.000€<sup>217</sup>. Por ser el perjuicio patrimonial superior a 50.000€ será de aplicación el tipo agravado del art. 252 CP/2015 en relación con el art. 250.1.5º CP/2015. De este modo, tras la reforma penal, don Miguel es culpable a título de autor de un delito cualificado de administración desleal del artículo 252CP/2015 en relación con el art. 250.1.5º CP/2015, por el que se enfrenta a una pena de prisión de 1 a 6 años y multa de 6 a 12 meses.

Por lo que la reforma, al contemplar un tipo agravado, aumenta los límites inferior (de 6 meses a 1 año) y superior (de 4 a 6 años) de la pena privativa de libertad y establece la cumulatividad de la pena de multa, que anteriormente era alternativa. De lo anterior se desprende que la reforma del CP no resulta beneficiosa para el reo, por lo que deberá ser enjuiciado bajo los preceptos vigentes en el momento de la comisión del delito.

### III.2.5. Delito de favorecimiento ilícito de un acreedor

*La concursada ofrece a la acreedora PÁGAME, SL garantizar, mediante aval bancario, el pago de sus obligaciones a cambio de que retire su solicitud de concurso. La acreedora rechaza el ofrecimiento.*

Esta conducta encaja con el tipo penal del art. 259 CP/2013, por lo que nos encontramos ante un posible delito de favorecimiento ilícito de acreedores. La reforma del CP no modifica el tipo penal del art. 259 CP/2013, simplemente lo reubica en el art. 260.2 CP/2015<sup>218</sup>. De este modo, la pena impuesta será idéntica independientemente de que sea de aplicación cuerpo el legal vigente o el derogado y el hecho deberá ser enjuiciado bajo la normativa vigente en el momento de comisión del delito. Procedo, por tanto, a analizar este hecho únicamente bajo los preceptos del CP/2013.

Las características definitorias de este delito son<sup>219</sup>: a) que en el momento de comisión la solicitud de concurso de acreedores haya sido admitida a trámite, b) que el deudor realice un acto de disposición patrimonial de bienes que formen parte de la masa activa del concurso o generador de obligaciones a favor de un acreedor en perjuicio del resto y c) que el acto de disposición no esté permitido por la ley ni autorizado por los administradores concursales o el juez.

De lo expuesto en el caso resulta inmediato que la solicitud de concurso ha sido admitida a trámite en el momento de comisión, por lo que se cumple el primer requisito del tipo penal<sup>220</sup>.

En cuanto al segundo requisito, una vez aceptado que el bien jurídico protegido por el tipo penal es el “*derecho de crédito de los acreedores colectivo integrados en una masa [satisfecho con el patrimonio del deudor]*”<sup>221</sup>, no hay obstáculo para entender que la prestación de una garantía de crédito mediante aval bancario a favor de un único acreedor encaja en el tipo penal. Puesto que la sociedad está aumentando la masa pasiva del concurso en perjuicio de sus restantes acreedores.

Con respecto al último de los requisitos del tipo penal, el ofrecimiento de garantía a la sociedad acreedora es realizado por la concursada *motu proprio*, precisamente para evitar la declaración de concurso. Con lo que parece claro que este acto dispositivo no está avalado por el juez ni por los administradores concursales, que ni siquiera habían sido designados, ni permitido por la ley. Así, pues, debemos entender cumplido el tercer requisito del tipo.

<sup>216</sup> Resultado de la siguiente operación: 20.000/20%; 45.000/25%.

<sup>217</sup> Resultado de la siguiente operación: (50.000-20.000) + (90.000-45.000).

<sup>218</sup> Vid. QUINTERO OLIVARES, G., “El delito de concurso o bancarrota”, en QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, p. 511 y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, Tirant lo Blanch, 2015, p. 147.

<sup>219</sup> Vid. QUINTERO OLIVARES, G., “De las insolvencias punibles”, en QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.), *Comentarios al Código Penal Español. Tomo II*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2016, pp. 179-180. En el mismo sentido, vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *ob. cit.*, p. 148; LÓPEZ BARRIA DE QUIROGA, J., *La reforma de los delitos económicos. La administración desleal, la apropiación indebida y las insolvencias punibles*, Civitas-Thomson Reuters, 2015, pp. 294-295; y FARALDO CABANA, P., “Comentario artículo 259”, en GÓMEZ TOMILLO, M., *Comentarios al Código Penal*, Lex Nova, 2011, pp. 999-1001.

<sup>220</sup> Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *ob. cit.*, pp. 149-152.

<sup>221</sup> Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “Las insolvencias punibles tras la reforma concursal de 2003”, en HERNÁNDEZ MARTÍ, J. (COORD.), *Concurso e insolvencia punible*, Tirant lo Blanch, 2004, p. 650. En el mismo sentido, vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *ob. cit.*, p. 148.

El delito del art. 259 CP/2013 es un delito especial, del que solo puede ser autor la sociedad CONSTRUCCIONS BALEA, SA en su condición de deudora<sup>222</sup>. No obstante, el art. 31 CP permite trasladar la responsabilidad penal al administrador que actúa en nombre y representación de la sociedad. Por lo que don Miguel, como liquidador de la sociedad, será penalmente responsable por este hecho<sup>223</sup>.

Por otro lado, la acción típica consiste en la realización de actos de disposición patrimonial o generadores de obligaciones, siendo este un delito de peligro, que se consuma en el momento en que se lleva a cabo el acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones<sup>224</sup>. Por lo tanto, cabe el grado de tentativa cuando el autor no llegue a realizar efectivamente el citado acto. De lo anterior y de la lectura detallada del caso se deduce que no se produce el resultado prohibido por el tipo, la disposición patrimonial, dada la negativa de la acreedora a aceptar el aval bancario ofrecido por la concursada, por lo que nos encontramos ante un supuesto de tentativa acabada que supondrá la imposición de la pena inferior en un grado (*ex art. 62 CP en relación con el art. 16.1 CP*)<sup>225</sup>.

El art. 31 bis CP/2013 dispone que las personas jurídicas serán penalmente responsables cuando<sup>226</sup>: a) el Código lo disponga expresamente y b) un cargo directivo o un empleado bajo su autoridad comentan un delito, c) en nombre o por cuenta de la persona jurídica, d) que la beneficie directa o indirectamente. El art. 261 bis CP/2013 dispone la responsabilidad penal de las personas jurídicas para los delitos contenidos en el Capítulo en que se encuentra contenido, por lo que se cumple el primero de los requisitos exigidos por el art. 31 bis CP. Don Miguel, administrador único de la sociedad, ofreció a un acreedor garantizar el pago de una deuda para que éste retirase la solicitud de concurso. Por lo que se cumplen los tres últimos requisitos exigidos por el art. 31 bis CP/2013, ya que don Miguel es un cargo directivo de CONSTRUCCIONS, SA que, actuando como tal, intentó lograr un acuerdo que beneficiaba directamente a la sociedad. De lo anterior se deduce que la sociedad CONSTRUCCIONS BALEA, SA es responsable penalmente (art. 31 bis CP/2013 en relación con el art. 261 bis CP/2013) por un delito de favorecimiento de acreedores del art. 259 CP/2013 en grado de tentativa.

En conclusión, don Miguel es culpable, a título de autor, de un delito de favorecimiento ilícito de acreedores del art. 259 CP/2013, en grado de tentativa, por el que se enfrentará a una pena de prisión de 1 a 4 años y a una pena de multa de 12 a 24 meses, inferior en un grado; esto es, pena de prisión de 6 meses a 1 año y de multa de 6 a 12 meses. Mientras que CONSTRUCCIONS BALEA, SA es culpable de un delito doloso de favorecimiento ilícito de acreedores del art. 259 CP/2013, en grado de tentativa, por el que se enfrentará a una pena de multa de 1 a 3 años (*ex art. 261 bis.b CP/2013*), inferior en un grado; esto es, pena de 6 meses a 1 año.

### III.2.6. Delito contra la Hacienda pública

*Las cuentas anuales de la empresa no reflejan la imagen fiel de la misma durante los ejercicios 2007, 2008 y 2009, al no recoger ciertos cobros a clientes, con el doble objetivo de reducir la cuantía que debía ser pagada a la Agencia Tributaria en concepto de IS y desviar el dinero no declarado a una cuenta personal de don Miguel. Se estima que las cuantías defraudadas son de 150.000€, 100.000€ y 45.000€ cada año, respectivamente.*

Esta conducta parece encajar con el tipo penal del art. 305 CP/2013, por lo que nos encontramos ante un posible delito contra la Hacienda pública. Podríamos pensar que existe un concurso aparente de normas con el delito contable tributario del art. 310.c CP/2013; no obstante, cuando se realiza alguna de las conductas típicas del art. 310 CP/2013 con ánimo de defraudar a la

<sup>222</sup> Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *ob. cit.*, p. 656.

<sup>223</sup> Vid. *Ibidem*, pp. 659-660; FARALDO CABANA, P., “Comentario artículo 259”, pp. 999-1000; y MORALES GARCÍA, Ó., “La persona jurídica ante el Derecho y el proceso penal”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez. Homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada*, 2011, pp. 142-143.

<sup>224</sup> Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *ob. cit.*, pp. 152-154; y FARALDO CABANA, P., “Comentario artículo 259”, p. 1000. En contra, *vid.* GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *ob. cit.*, pp. 654-655, que entiende necesaria la causación de un perjuicio patrimonial para la consumación del delito.

<sup>225</sup> Vid. MIR PUIG, S., *ob. cit.*, pp. 355-360.

<sup>226</sup> Vid. *Ibidem*, pp. 839-842.

Hacienda pública, el art. 305 CP absorbe al art. 310 CP<sup>227</sup>. El delito de defraudación tributaria del art. 305 CP no ha sufrido modificación alguna por la reforma del Código Penal, por lo que es inmediato que la pena aplicando el nuevo Código Penal no resultará inferior y que deberá aplicarse el CP anterior a la reforma. Por lo que solo resolveré el delito bajo los preceptos del CP/2013<sup>228</sup>.

La conducta típica recogida por el art. 305.1 CP exige los siguientes requisitos<sup>229</sup>: a) que el sujeto activo sea un obligado tributario conforme a la normativa tributaria, b) defraudar a la Administración Tributaria, ocultando datos necesarios para la liquidación del tributo y c) que el perjuicio causado a la Hacienda Pública, por la cuota defraudada, supere los 120.000€.

La sociedad CONSTRUCCIONES BALEA, SA es una persona jurídica contribuyente por el Impuesto de Sociedades, por lo que es obligada tributaria *ex art.* 35.1 LGT en relación con el art. 7.1.a TRLIS y da cumplimiento al primero de los requisitos del tipo penal. Además, el caso dice que fueron ocultados cobros de clientes con la finalidad de reducir la cuantía a pagar en concepto de Impuesto de Sociedades, por lo que se cumple al segundo de los requisitos. En cuanto al último requisito, solo se cumple en el año 2007, por deber atender a lo defraudado en cada periodo impositivo y no ser de aplicación el delito continuado<sup>230</sup>. Así, solo se cumple con el tipo penal en el año 2007<sup>231</sup>, no siendo constitutiva de delito las infracciones de los años 2008 y 2009.

De lo anterior se deduce que el delito del art. 305.1 CP es un delito especial que solo puede ser cometido por la sociedad CONSTRUCCIONES BALEA, SA. Sin embargo, en virtud del art. 31 CP, el administrador de la sociedad responderá penalmente como autor del delito<sup>232</sup>, por lo que don Miguel deberá responder penalmente por este hecho.

En conclusión, nos encontramos ante un delito de defraudación tributaria del art. 305.1 CP, del que don Miguel es culpable a título de autor<sup>233</sup>, por el que se enfrentará a una pena de prisión de 1 a 5 años y multa del tanto al séxtuplo de lo defraudado y a la prohibición de optar a subvenciones o ayudas públicas y de gozar de beneficios fiscales por un periodo de 3 a 6 años. No obstante lo anterior, los delitos con pena de prisión igual o inferior a cinco años prescriben a los cinco años de su comisión (art. 131.IV CP/2015)<sup>234</sup>. El delito se ha cometido en julio del año 2008 (*ex art.* 124.1.II TRLIS<sup>235</sup>), habiendo prescrito y no existiendo, responsabilidad penal por los hechos analizados.

### III.2.7. Concurso medial entre un delito de falseamiento de cuentas anuales y un delito de apropiación indebida

*Las cuentas anuales de la empresa no reflejan la imagen fiel de la misma durante los ejercicios 2007, 2008 y 2009, al no recoger ciertos cobros a clientes, con el doble objetivo de reducir la cuantía que debía ser pagada a la Agencia Tributaria en concepto de IS y desviar el dinero no declarado a una cuenta personal de don Miguel. Se estima que las cuantías defraudadas son de 150.000€, 100.000€ y 45.000€ cada año, respectivamente.*

Como veremos a continuación, nos encontramos ante un concurso medial entre un delito básico de falseamiento continuado de cuentas anuales del art. 290 CP/2013 en relación con el art.

<sup>227</sup> FARALDO CABANA, P., “Comentario artículo 310”, en GÓMEZ TOMILLO, M., *Comentarios al Código Penal*, Lex Nova, 2011, p.1211; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *ob. cit.*, pp. 648-649 y 780; y QUINTERO OLIVARES, G., “De los delitos contra la hacienda pública y contra la seguridad social”, en QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.), *Comentarios al Código Penal Español. Tomo II*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2016, pp. 601-602.

<sup>228</sup> Debe tenerse en cuenta, como ya he expuesto anteriormente, que analizaré los hechos bajo la redacción de 2013, puesto que esta redacción no difiere en lo esencial de la vigente en el momento de la comisión de los hechos. No obstante, y teniendo en cuenta lo ya dicho acerca de la existencia de responsabilidad de las personas jurídicas tras el año 2010, no se enfrentará a responsabilidad penal alguna la sociedad CONSTRUCCIONES BALEA, SA.

<sup>229</sup> *Vid.* QUINTERO OLIVARES, G., “De los delitos contra la hacienda pública y contra la seguridad social”, pp. 551-563; y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *ob. cit.*, pp. 622-624 y 633-636.

<sup>230</sup> *Vid.* QUINTERO OLIVARES, G., “De los delitos contra la hacienda pública y contra la seguridad social”, pp. 568-569; y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *ob. cit.*, p. 647.

<sup>231</sup> *Vid.* QUINTERO OLIVARES, G., “De los delitos contra la hacienda pública y contra la seguridad social”, p. 570.

<sup>232</sup> *Vid.* QUINTERO OLIVARES, G., “De los delitos contra la hacienda pública y contra la seguridad social”, pp. 553-554; y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *ob. cit.*, pp. 636-637 y 644-645.

<sup>233</sup> *Vid.* MIR PUIG, S., *ob. cit.*, pp. 376-377.

<sup>234</sup> *Vid.* MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *ob. cit.*, p. 659-662, que afirma el plazo de prescripción de 5 años, frente a la doctrina minoritaria que entiende que es de 4 años.

<sup>235</sup> El delito se consuma en el momento de presentación de la autoliquidación (*Vid.* Martínez-Buján Pérez, C., *ob. cit.*, p. 642); esto es, en los 25 días siguientes a los 6 meses posteriores a la conclusión del periodo impositivo.

74.1 CP/2013, y un delito cualificado de apropiación indebida continuada del art. 252 CP/2013 en relación con los arts. 250.1.5º y 74.1 CP/2013, por el que don Miguel se enfrentará a una pena de prisión de entre 3 años y 6 meses a 7 años y 6 meses y multa de 9 a 15 meses en su mitad superior (*ex art. 77 CP/2013*); esto es, pena de prisión de entre 5 años y 6 meses a 7 años y 6 meses y multa de 12 a 15 meses. Para la determinación de la pena y a efectos de prescripción, deberemos atender al delito más grave: el delito de apropiación indebida, debiendo ser enjuiciados estos hechos bajo los preceptos del CP/2013, por ser el mismo más beneficioso para el reo.

### III.2.7.1. Delito de falseamiento de cuentas anuales

La conducta descrita podría encajar tanto con el delito de falseamiento de cuentas anuales del art. 290 CP/2013 como con el delito genérico de falsedades en documento mercantil del art. 392.1 CP/2013 en relación con el art 390.1 CP/2013, encontrándonos ante un concurso aparente de normas que se resuelve a favor del art. 290 CP/2013, en aplicación del principio de especialidad<sup>236</sup>.

El artículo 290 CP no ha sido modificado por la reforma operada en el Código Penal por la L.O. 1/ 2015. Por lo tanto, la pena será idéntica con anterioridad y posterioridad a la reforma, no resultando la reforma beneficiosa para el reo y siendo de aplicación el Código vigente en el momento de la comisión. Por lo que solo resolveré el delito aplicando el CP/2013, habida cuenta de que la reforma del art. 296 CP no tiene relevancia a efectos prácticos (*vid. supra* III.2.1.1).

La conducta típica recogida en el art. 290.I CP tiene las siguientes características<sup>237</sup>: a) falseamiento de las cuentas anuales por cualquier medio, entre los que cabe la omisión de datos; b) de tal modo que resulte una aptitud lesiva para el patrimonio de la sociedad o los socios y c) que dicho acto sea realizado por un administrador social. El tipo cualificado del art. 290.II exige, además de la concurrencia de los requisitos anteriores, la causación de un perjuicio económico<sup>238</sup>.

De lo expuesto en el caso se deduce que en la redacción de las cuentas anuales no se recogieron determinados ingresos, omitiendo la anotación de determinados cobros a clientes, por lo que se da cumplimiento al primero de los requisitos exigidos por el tipo del art. 290.I CP<sup>239</sup>.

La idoneidad lesiva del falseamiento a que se refiere el segundo requisito exigido por el tipo penal supone que la citada falsedad debe “*poder inducir a error al hombre medio, esto es, ser creíble por los sujetos a los que puede ir dirigida*”<sup>240</sup>. El falseamiento de las cuentas anuales no fue descubierto hasta que las cuentas de la sociedad fueron minuciosamente analizadas en sede de concurso, por lo que entiendo que el mismo era idóneo para producir un resultado lesivo.

Por último, don Miguel es el administrador único de la sociedad, estando, por tanto, obligado a elaborar las cuentas anuales. Así, pues, debemos entender cumplido el tercero de los requisitos exigidos por la conducta típica del art. 290 CP.

De lo relatado en el caso resulta claro que se ha causado un perjuicio económico a la sociedad. Pero es necesario discernir si el perjuicio ha sido causado mediante el falseamiento de las cuentas anuales o si éste ha sido medio para la comisión de otro delito, que es el que efectivamente ha causado el perjuicio. Esto es lo que ocurre en este caso, en que el objetivo de don Miguel de apropiarse de fondos sociales pasaba inexcusablemente por falsificar las cuentas anuales de la sociedad, que deberá aplicarse el tipo básico en concurso medial con el delito que haya lesionado efectivamente el patrimonio social<sup>241</sup>. Nos encontramos, por tanto, ante un delito básico de falseamiento de cuentas anuales en concurso medial<sup>242</sup> con un delito de apropiación indebida (*vid. infra* III.2.7.2).

<sup>236</sup> Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *ob. cit.*, pp. 479-480; y FARALDO CABANA, P., *Los delitos societarios: adaptada...* *ob. cit.*, pp. 164-168.

<sup>237</sup> Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *ob. cit.*, pp. 469-473; y FARALDO CABANA, P., *Los delitos societarios: adaptada...* *ob. cit.*, pp. 135-150 y 156.

<sup>238</sup> Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *ob. cit.*, p. 472; y FARALDO CABANA, P., *Los delitos societarios: adaptada...* *ob. cit.*, pp. 154-156.

<sup>239</sup> Vid. FARALDO CABANA, P., *Los delitos societarios: adaptada...* *ob. cit.*, pp. 140-142.

<sup>240</sup> Cfr. *Ibidem*, pp. 136-137.

<sup>241</sup> Vid. *Ibidem*, pp. 172-173, que se refiere al concurso existente entre los delitos de falseamiento de cuentas y el nuevo delito de administración desleal genérica del art. 252 CP/2015.

<sup>242</sup> Vid. CADENA SERRANO, F. Á., *Revista del Ministerio Fiscal*, nº0, 2015, pp. 31-32.

Por otro lado, don Miguel ha realizado la conducta delictiva de modo repetido y sucesivo en el tiempo, en los años 2007, 2008 y 2009. Por lo que nos encontramos ante un delito continuado *ex art. 74 CP*, puesto que don Miguel realiza una pluralidad de acciones, aprovechando idéntica ocasión e infringiendo el mismo precepto<sup>243</sup>. Así, pues, deberá imponerse la pena en su mitad superior, pudiendo llegar a la mitad inferior de la pena superior en grado *ex art. 74.1 CP*.

Por tanto, don Miguel es responsable, a título de autor, de un delito básico de falseamiento continuado de cuentas anuales del art. 290.I CP en relación con el art. 74.1 CP, por el que, de ser enjuiciado de modo independiente, se enfrentaría a una pena de prisión de 1 a 3 años y pena de multa de 6 a 12 meses en su mitad superior pudiendo llegar a la mitad inferior de la pena superior en grado; esto es, pena de prisión de 2 años a 3 años y 9 meses y pena de multa de 9 a 15 meses<sup>244</sup>.

Los delitos con pena de prisión inferior a 5 años prescriben a los 5 años (art. 131.1.IV CP/2013), por lo que, de enjuiciarse este delito de modo independiente, habría prescrito<sup>245</sup>. No obstante, por existir concurso medial con el delito de apropiación indebida se debe atender a la prescripción del último, por ser más grave, *ex art. 131.4 CP/2013*.

### III.2.7.2. Delito de apropiación indebida

Ya he puesto de manifiesto anteriormente la diferencia existente entre los delitos de administración desleal y apropiación indebida, por lo que me remito a ello (*vid. supra* III.2.4). Parece claro, pues, que la conducta descrita en el caso encaja con la descrita en el art. 252 CP/2013, encontrándonos ante un posible delito de apropiación indebida en la modalidad de distracción.

El tipo penal del art. 252 CP/2013 exige, en lo que aquí interesa, los siguientes requisitos<sup>246</sup>: a) posesión legítima de dinero por parte del autor, b) mediante título que le obligue a devolver o entregar los bienes de tal modo que no le autoriza a actuar como su propietario, y c) que se apropie o distraiga el dinero de modo definitivo, disponiendo del mismo como si fuese su dueño y causando un perjuicio económico al propietario.

El primer requisito se cumple, puesto que don Miguel, en cuanto administrador único, se encuentra en la posesión legítima de todos los bienes y activos financieros de la sociedad<sup>247</sup>. Don Miguel recibe el dinero y bienes de la sociedad para su administración, mediando una relación de confianza entre el mismo y el resto de socias<sup>248</sup>; por tanto, el título por el que recibe el patrimonio social le obliga a devolverlo al término de su actuación como administrador, dándose cumplimiento al segundo de los requisitos del tipo penal. El comportamiento típico puede producirse mediante la apropiación o distracción de los bienes<sup>249</sup>. Parece claro que la conducta de don Miguel encaja en el tipo penal en su modalidad de distracción, dándose, así, cumplimiento al último de los requisitos.

Para la determinación de la pena, el art. 252 CP/2013 remite a los arts. 249 y 250 CP/2013. El art. 250.1.5º CP/2013 establece un tipo agravado, que será de aplicación cuando el “valor de la defraudación supere los 50.000€”<sup>250</sup>. Nos encontramos ante un delito patrimonial continuado, por lo

<sup>243</sup> *Vid. MIR PUIG, S., ob. cit.*, p. 672; STS de 13 de julio de 2015, FJ 1º; y FARALDO CABANA, P., *Los delitos societarios: adaptada... ob. cit.*, p. 163.

<sup>244</sup> Como ya he puesto de manifiesto con anterioridad (*vid. supra* III.2.1.1), estos hechos solo serán perseguibles si media denuncia de los perjudicados (*ex art. 296 CP/2013*).

<sup>245</sup> Puesto que el último de los hechos constitutivos del delito continuado tuvo lugar dentro de los primeros tres meses del año 2010, ventana temporal en que debieron ser redactadas las cuentas anuales del ejercicio 2009 *ex art. 253 LSC*.

<sup>246</sup> *Vid. PASTOR MUÑOZ, N., ob. cit.*, p. 246. En el mismo sentido *vid. ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., “Comentario artículo 252”, en GÓMEZ TOMILLO, M., Comentarios al Código Penal, Lex Nova, 2011, p.981, QUINTERO OLIVARES, G., “De la apropiación indebida”, en QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.), Comentarios al Código Penal Español. Tomo II, Thomson Reuters-Aranzadi, 2011, pp. 108-111 y STS 295/2012, de 25 de marzo de 2012, (RJ: 2012/5456), FJ 5º.*

<sup>247</sup> *Vid. ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., ob.cit.*, p.981.

<sup>248</sup> *Vid. Ibídem*, p.982.

<sup>249</sup> Existe un importante debate doctrinal acerca de la diferencia existente entre ambos comportamientos típicos. El TS afirma que nos encontramos ante la modalidad de distracción cuando el administrador de un patrimonio no da al mismo el destino pactado, violando los deberes de fidelidad inherentes a su cargo, y causando un perjuicio al patrimonio; mientras que nos encontramos ante la modalidad clásica de apropiación cuando el sujeto activo incorpora a su patrimonio los bienes recibidos. En contra, *cfr. ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., ob.cit.*, p.983, que, a pesar de recoger la argumentación realizada por el TS, entiende que “*apropiarse es desviar definitivamente los bienes respecto de su fin hacia el propio patrimonio; distraer es hacerlo para el patrimonio de otro*”.

<sup>250</sup> *Vid. PASTOR MUÑOZ, N., ob. cit.*, p. 249.

que para la determinación de la pena deberá atenderse al perjuicio total causado *ex art.* 74.2 CP<sup>251</sup>. Además, en virtud del art. 74.1 CP deberá imponerse la pena en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado<sup>252</sup>. Anteriormente hemos cifrado el perjuicio patrimonial para la sociedad en 983.333€ (*vid. supra* II.4.3). Por lo que deberá imponerse la pena cualificada recogida en el art. 250.1.5º CP/2013.

Por tanto, con anterioridad a la reforma penal, don Miguel es responsable, a título de autor, de un delito cualificado de apropiación indebida continuada, en su modalidad de distracción, del art. 252 CP/2013 en relación con el art. 250.1.5º CP/2013 y el art. 74.1 CP/2013, por el que se enfrentaría, si el delito fuese enjuiciado de modo independiente, a una pena de prisión de 1 a 6 años y multa de 6 a 12 meses en su mitad superior pudiendo llegar a la mitad inferior de la pena superior en grado; esto es, pena de prisión de 3 años y 6 meses a 7 años y 6 meses y multa de 9 a 15 meses.

Tras la reforma operada en el CP por la L.O 1/2015, el delito de apropiación indebida se ha reubicado en el art. 253 CP/2015. La reforma diferencia y regula en dos preceptos diferentes la apropiación en sentido clásico y la apropiación en su modalidad de distracción o administración desleal, que antes se encontraban reguladas de modo conjunto en el art. 252 CP/2013<sup>253</sup>. Además, se ha añadido en el tipo súper agravado del art. 250.2 CP/2015, que como circunstancia para la aplicación del mismo, establece que el valor de la apropiación sea superior a los 250.000€<sup>254</sup>.

Como ya he expuesto (*vid. supra* III.2.4), tras la reforma del CP se simplifican el deslinde entre los delitos de apropiación indebida y administración desleal<sup>255</sup>. De este modo, observamos que la conducta descrita en el caso, con anterioridad a la reforma de 2015 constituía un delito de apropiación indebida en su modalidad de distracción; mientras que tras la reforma constituye un delito de administración desleal del art. 252 CP/2015<sup>256</sup>. La cantidad total apropiada por don Miguel asciende a 983.333€. Por lo que será de aplicación el tipo súper agravado del art. 250.2 CP/2015<sup>257</sup> en relación con la agravante por delito continuado del art. 74.1 CP, debiendo imponerse la pena en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado.

De este modo, tras la reforma, don Miguel es responsable, a título de autor, de un delito cualificado de administración desleal continuada del art. 252 CP/2015 en relación con los arts. 250.2 y 74.1 CP/2015 que, de ser enjuiciado independientemente, acarrearía una pena de prisión de 4 a 8 años y pena de multa de 12 a 24 meses en su mitad superior pudiendo llegar a la mitad inferior de la pena superior en grado; esto es, pena de prisión de 6 a 10 años y multa de 18 a 30 meses.

De lo expuesto se deduce que tras la reforma del Código Penal se amplía el marco de aplicación de la circunstancia súper agravante del art. 250.2 CP/2015, resultando, por tanto, de aplicación a los hechos analizados. Así, pues, aumentan los límites inferior y superior de la pena de prisión (de 3 años y 6 meses a 6 años y de 7 años y 6 meses a 10 años, respectivamente) y de la pena de multa (de 9 a 18 meses y de 15 a 30 meses, respectivamente). Por lo que la aplicación del Código Penal reformado no resulta más beneficiosa para el reo, debiendo ser enjuiciados los hechos bajo los preceptos vigentes en el momento de la comisión del delito.

<sup>251</sup> Vid. MIR PUIG, S., *ob. cit.*, p. 672. En el mismo sentido, *mutatis mutandis*, *vid.* STS de 13 de julio de 2015, FJ 1º y AÑÓN CALVETE, J., *Apropiación indebida tras la reforma del Código Penal LO 1/2015*, Noticias jurídicas, 2015.

<sup>252</sup> Vid. SSTs de 2 de julio de 2015, FJ 9º y de 13 de julio de 2015, FJ 1º, que admiten la aplicación acumulativa del art. 74.1 CP si alguno de los delitos considerado independientemente supera el umbral establecido en el art. 250 para agravar la pena. En este caso se supera el umbral de 50.000€ para los 3 años.

<sup>253</sup> Vid. PRECIADO DOMÉNECH, C. H., *ob. cit.*, p. 517.

<sup>254</sup> Vid. *Ibidem*, pp. 523-524.

<sup>255</sup> Nos encontraremos ante el primero cuando el sujeto activo ejerza acciones dominicales sobre un bien mueble, mientras que estaremos ante el segundo cuando el sujeto activo disponga de dinero o bienes fungibles perjudicando el patrimonio administrado. En este sentido, *vid.* DOLZ LAGO, M.-J., *Revista del Ministerio Fiscal*, nº1, 2016, p. 169 y RAMOS RUBIO, C., “El nuevo delito de administración desleal” (*cursiva en el original*), en QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015.

<sup>256</sup> Vid. PASTOR MUÑOZ, N. Y COCA VILA, I., “Delitos contra el patrimonio (II)”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (DIR.), *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, Atelier, 2015, p. 274, que citan como ejemplo el caso en el que un administrador transfiere fondos de una sociedad a su patrimonio personal; y PRECIADO DOMÉNECH, C. H., *ob. cit.*, p. 526, que cita el Preámbulo XV de la L.O 1/2015 que, entre otras cosas aclara lo siguiente: “*Los delitos de apropiación indebida siguen regulados en una sección diferente, quedando ya fuera de su ámbito la administración desleal [entendiéndose que se trata de una errata y debería referirse a la apropiación indebida] por distracción de dinero, que pasa a formar parte del tipo penal autónomo de la administración desleal*”.

<sup>257</sup> PASTOR MUÑOZ, N. Y COCA VILA, I., *ob. cit.*, p. 273.

## IV.- CONCLUSIONES GENERALES

I. La disolución de la sociedad trae causa en la constatación de una causa legal de disolución, habida cuenta de que el Patrimonio Neto de la sociedad era inferior al 50% del Capital Social y se acordó la disolución de la sociedad en junta general de socios, convocada con el único propósito de constatar la existencia de pérdidas cualificadas, procediendo a disolver la sociedad y nombrar a los liquidadores.

II. Tanto la sociedad concursada como la acreedora se encontraban legitimadas para instar la declaración de concurso de la primera. Ostentan competencia abstracta para conocer del concurso el Juez de lo Mercantil de Pontevedra (territorio en que se localiza el centro principal de intereses de la concursada) y el Juez de lo Mercantil de A Coruña (lugar donde radica el domicilio social de la deudora). No obstante, deberá conocer del asunto el Juzgado de lo Mercantil de A Coruña, al haber recibido temporalmente en primer lugar la solicitud de declaración de concurso. Por haber sido presentada en primer lugar la solicitud de declaración de concurso por parte de la acreedora, el concurso tendrá la consideración de necesario.

III. Se cumplen todos los requisitos exigidos por la LC para que sea declarado el concurso de CONSTRUCCIONES BALEA, SA: la sociedad concursada cumplía tanto con el presupuesto subjetivo (por ser persona), como con el objetivo (por encontrarse en una situación de insolvencia, contar con un activo suficiente y existir una pluralidad de acreedores); y ambas solicitudes de declaración de concurso se encontraban debidamente fundamentadas, la de la deudora por encontrarse en situación de insolvencia y la de la acreedora por concurrir dos hechos presuntos reveladores. Por lo tanto, el Juez deberá dictar auto admitiendo a trámite la solicitud.

IV. La declaración de concurso tendrá los siguientes efectos sobre los contratos::

- El contrato de compraventa entre don Rafael y la concursada se encontraba pendiente de cumplimiento únicamente por parte de ésta en el momento de su declaración en concurso. Esto supone que el contrato seguirá desplegando plenos efectos jurídicos tras la declaración del concurso y que el crédito que la parte *in bonis* ostenta frente a la concursada deberá integrarse en la masa pasiva del concurso.
- El contrato de compraventa entre doña Julia y la concursada se encontraba pendiente de cumplimiento por ambas partes en el momento de declaración del concurso. Esto supone que el contrato mantendrá su vigencia y la prestación a que está obligada la concursada deberá realizarse a cargo de la masa, al no caber en este caso la resolución en interés del concurso. La parte *in bonis* podrá solicitar la resolución del contrato por incumplimiento, no procediendo la enervación de la resolución en interés del concurso.
- El contrato de agencia denunciado por doña Aida concluirá con efecto inmediato tras la recepción de la notificación por parte de la administración concursal. Sin que ésta dé lugar a ningún tipo de indemnización ni produzca efecto patrimonial alguno sobre el patrimonio de la sociedad concursada.

V. El concurso deberá ser calificado como culpable por haberse producido la salida fraudulenta de bienes del patrimonio de la deudora. Siendo don Miguel, en su condición de liquidador, la única persona afectada por dicha calificación.

VI. En este caso coexistirán, y deberán coordinarse adecuadamente de modo que no provoquen una doble condena a indemnizar por los mismos hechos, los siguientes regímenes de responsabilidad destinados a incrementar la masa activa del concurso:

- Responsabilidad societaria por medio del ejercicio, por parte de la administración concursal, de la acción social de responsabilidad. Mediante la que podrá exigirse a don Miguel la indemnización de los daños causados a la sociedad por la liquidación indiligente de bienes sociales, cifrada en 140.000€. El ejercicio de la acción social de responsabilidad para reclamar los daños causados a la sociedad por la apropiación indebida de fondos sociales por parte de don

Miguel únicamente podrá ser ejercida por los acreedores de buena fe una vez concluido en concurso de acreedores, por estar prescrito su ejercicio para la sociedad y las socias.

- Responsabilidad concursal por medio de la condena a indemnizar los daños causados y de la obligación a cubrir el déficit concursal, de ser el caso.

- Don Miguel deberá indemnizar los daños causados a la sociedad por la apropiación indebida de fondos sociales y por la liquidación indiligente de bienes sociales, cuyo daño conjunto se ha cifrado en 1.123.333€.

- La condena a la cobertura del déficit concursal solo operará si, una vez concluida la fase de liquidación, existiese déficit, debiendo responder del mismo en la proporción que el juez ordene en la sentencia de calificación. Parece claro que si don Miguel resarce los daños causados a la sociedad, que habíamos valorado en 1.123.333€, no existirá déficit concursal alguno, por lo que no deberá responder del mismo.

VII. Tanto don Miguel como la sociedad CONSTRUCCIONES BALEA, SA se enfrentarán a responsabilidad penal por los hechos descritos en el caso, debiendo ser todos ellos enjuiciados bajo los preceptos del Código Penal vigente en el momento de la comisión, por no ser más beneficiosa para los reos la aplicación del CP actualmente vigente.

- Don Miguel deberá responder por los siguientes delitos:

- Un delito de lesiones básicas en concurso medial con un delito de imposición de un acuerdo lesivo adoptado por mayoría ficticia, siempre y cuando medie denuncia de los agraviados.

- Un delito de administración desleal, siempre y cuando el hecho sea denunciado por alguno de los agraviados.

- Un delito de favorecimiento ilícito de acreedores, en grado de tentativa.

- Un delito básico de falseamiento de cuentas anuales en concurso medial con un delito cualificado de apropiación indebida.

- La sociedad CONSTRUCCIONES BALEA, SA responderá penalmente por un delito de favorecimiento ilícito de acreedores, en grado de tentativa.

- Otros hechos relatados en el caso y que son constitutivos de delito, no implicarán responsabilidad penal, por estar extinguida la misma por prescripción o por ser de aplicación una excusa absolutoria.



## **BIBLIOGRAFÍA**

- ALONSO UREBA, A. “Artículo 172 bis. Responsabilidad concursal” en PULGAR EZQUERRA, J. *Comentario a la Ley Concursal*, La ley – Wolters Kluwer, 2016.
- ALONSO UREBA, A. “Artículo 48 quáter. Efectos de la declaración de concurso sobre las acciones contra los administradores de la sociedad deudora” en PULGAR EZQUERRA, J. *Comentario a la Ley Concursal*, La ley – Wolters Kluwer, 2016.
- ALONSO UREBA, A. “Artículo 48 ter. Embargo de bienes” en PULGAR EZQUERRA, J. *Comentario a la Ley Concursal*, La ley – Wolters Kluwer, 2016.
- ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., “Comentario artículo 252”, en Gómez Tomillo, M., *Comentarios al Código Penal*, Lex Nova, 2011.
- (DE) ÁNGEL YÁGÜEZ, R. y HERNANDO MENDÍVIL, J., “Artículo 164. Concurso culpable”, en PRENDES CARRIL, P. (DIR.), *Tratado práctico concursal. Tomo IV*, Thomson Reuters - Aranzadi, 2009.
- (DE) ÁNGEL YÁGÜEZ, R. y HERNANDO MENDÍVIL, J., “Artículo 165. Presunción de dolo o culpa grave”, en PRENDES CARRIL, P. (DIR.), *Tratado práctico concursal. Tomo IV*, Thomson Reuters - Aranzadi, 2009.
- (DE) ÁNGEL YÁGÜEZ, R. y HERNANDO MENDÍVIL, J., “Artículo 172. Sentencia de calificación”, en PRENDES CARRIL, P. (DIR.), *Tratado práctico concursal. Tomo IV*, Thomson Reuters - Aranzadi, 2009.
- AÑÓN CALVETE, J., *Apropiación indebida tras la reforma del Código Penal LO 1/2015*, Noticias jurídicas, 2015. Recuperado el 15 de noviembre de 2016 en <<https://goo.gl/oD30Q0>>.
- AZNAR GINER, E., *La resolución del contrato en interés del concurso. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, Tirant lo blanch, 2012.
- BATALLER, J. “La disolución” en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (DIRS.), *Comentario de la ley de sociedades de capital. Tomo II*, Civitas-Thomson Reuters, 2011.
- BATALLER, J. “La disolución” en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (DIRS.), *Disolución y liquidación de sociedades mercantiles*, Tirant lo blanch, 2009.
- BELTRÁN, E. “La responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales”, en ROJO, Á. y BELTRÁN, E., *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Tirant lo blanch, 2016.
- BELTRÁN, E., “La declaración de concurso de acreedores de la sociedad en liquidación” en SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J. C., OLEO DE BANET, F. y MARTÍNEZ FLÓREZ, A (COORDS.), *Estudios de Derecho Mercantil. En memoria del Profesor Aníbal Sánchez Andrés*, Civitas – Thomson Reuters, 2010.
- BELTRÁN, E., “La liquidación de la sociedad y el concurso de acreedores”, en ROJO, Á. y BELTRÁN, E. *Disolución y liquidación de sociedades mercantiles*, Tirant lo blanch, 2009.
- BLASCO GASCÓ, F. DE P., *Declaración en concurso y contratos. Resolución sin cumplimiento y cumplimiento sin resolución*, Tirant lo blanch, 2009.
- BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de derecho mercantil. Vol. II*, Tecnos, 2016.
- CADENA SERRANO, F. Á., “La aplicación judicial de la pena. Reglas generales y especiales. Novedades de la LO 1/2015”, *Revista del Ministerio Fiscal*, nº0, 2015, pp. 7-34.
- DOLZ LAGO, M.-J., “Aspectos sobre la reforma de los delitos de administración desleal de patrimonios ajenos privados y de apropiación indebida, tras la L.O. 1/2015”, *Revista del Ministerio Fiscal*, nº1, 2016, pp. 156-209.
- ESPÍN, C. “La reducción por pérdidas” en ROJO, A. y BELTRÁN, E. *Comentario de la ley de sociedades de capital. Tomo II*, Civitas-Thomson Reuters, 2011.

- ESTEBAN VELASCO, G., “La acción individual de responsabilidad”, en ROJO, Á. y BELTRÁN, E., *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Tirant lo blanch, 2016.
- FARALDO CABANA, P., “Comentario artículo 310”, en GÓMEZ TOMILLO, M., *Comentarios al Código Penal*, Lex Nova, 2011.
- FARALDO CABANA, P., “Comentario artículo 259”, en GÓMEZ TOMILLO, M., *Comentarios al Código Penal*, Lex Nova, 2011.
- FARALDO CABANA, P., “Comentario artículo 260”, en GÓMEZ TOMILLO, M., *Comentarios al Código Penal*, Lex Nova, 2011.
- FARALDO CABANA, P., *Los delitos societarios: aspectos dogmáticos y jurisprudenciales*, Tirant lo Blanch, 2000.
- FARALDO CABANA, P., *Los delitos societarios: adaptada a la reforma del Código penal de 2015*, Tirant lo Blanch, 2015.
- FELIP I SABORIT, D., “Las lesiones”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (DIR.), *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, Atelier, 2011.
- FELIP I SABORIT, D., “Las lesiones”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (DIR.), *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, Atelier, 2015.
- FERNÁNDEZ SEJO, J. M., “La prescripción de las acciones de responsabilidad”, en ROJO, Á. y BELTRÁN, E., *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Tirant lo blanch, 2016.
- FINEZ RATÓN, J. M., “Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas”, en PRENDES CARRIL, P. (DIR.), *Tratado práctico concursal. Tomo II*, Thomson Reuters - Aranzadi, 2009.
- FINEZ RATÓN, J. M., “Artículo 63. Supuestos especiales”, en PRENDES CARRIL, P. (DIR.), *Tratado práctico concursal. Tomo II*, Thomson Reuters - Aranzadi, 2009.
- GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Calificación del concurso”, en HERNÁNDEZ MARTÍ, J. (COORD.), *Concurso e insolvencia punible*, Tirant lo blanch, 2004.
- GARCÍA-CRUCES, J. A. “La responsabilidad concursal”, en ROJO, Á. y BELTRÁN, E., *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Tirant lo blanch, 2016.
- GARCÍA-CRUCES, J. A., “Artículo 164. Concurso culpable”, en ROJO, Á. y BELTRÁN, E. (DIRS.), *Comentario de la Ley Concursal. Tomo II*, Thomson – Civitas, 2004.
- GARCÍA-CRUCES, J. A., “Artículo 166. Cómplices”, en ROJO, Á. y BELTRÁN, E. (DIRS.), *Comentario de la Ley Concursal. Tomo II*, Thomson – Civitas, 2004.
- GARCÍA-CRUCES, J. A., “Artículo 172. Sentencia de calificación”, en ROJO, Á. y BELTRÁN, E. (DIRS.), *Comentario de la Ley Concursal. Tomo II*, Thomson – Civitas, 2004.
- GARCÍA-CRUCES, J. A., “La responsabilidad concursal”, en ROJO, Á. y BELTRÁN, E. (DIRS.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Tirant lo blanch, 2016.
- GARCIMARTÍN, F. Y VIRGÓ, M., “Artículo 10. Competencia internacional y territorial”, en ROJO, Á. y BELTRÁN, E. (DIRS.), *Comentario de la Ley Concursal. Tomo I*, Thomson – Civitas, 2004.
- GARNICA MARTÍN, J. F., “Aspectos procesales de la Ley Concursal”, en PRENDES CARRIL, P. y MUÑOZ PAREDES, A. (DIRS.), *Tratado judicial de la insolvencia. Tomo II*, Aranzadi, 2012.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “Las insolvencias punibles tras la reforma concursal de 2003”, en HERNÁNDEZ MARTÍ, J. (COORD.), *Concurso e insolvencia punible*, Tirant lo Blanch, 2004.
- GONZÁLEZ NAVARRO, B. A., “Aspectos procesales generales de la ley concursal”, en SANJUÁN Y MUÑOZ, E. (COORD.), *Competencias de los juzgados de lo mercantil: competencias en materia concursal y "competencias añadidas" mercantiles: (sociedades, competencias, publicidad, transportes, propiedad industrial, propiedad intelectual, etc.)*, Tirant lo blanch, 2008.

HERNÁNDEZ MARTÍ, J. y ALTÉS TÁRREGA, J., “Los presupuestos del concurso y la legitimación para solicitar su declaración”, en HERNÁNDEZ MARTÍ, J. (COORD.), *Concurso e insolvencia punible*, Tirant lo blanch, 2004.

HERNÁNDEZ MARTÍ, J., *Presupuesto objetivo del concurso y fundamento de la solicitud*, Tirant lo Blanch, 2009.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. DEL M. y ORELLANA CANO, N., “Artículo 1. Presupuesto subjetivo”, en Prendes Carril, P. (Dir.), *Tratado práctico concursal. Tomo I*, Thomson Reuters - Aranzadi, 2009.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. DEL M. y ORELLANA CANO, N., “Artículo 10. Competencia internacional y territorial”, en PRENDES CARRIL, P. (DIR.), *Tratado práctico concursal. Tomo I*, Thomson Reuters - Aranzadi, 2009.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. DEL M. y ORELLANA CANO, N., “Artículo 22. Concurso voluntario y concurso necesario”, en PRENDES CARRIL, P. (DIR.), *Tratado práctico concursal. Tomo I*, Thomson Reuters - Aranzadi, 2009.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. DEL M. y Orellana Cano, N., “Artículo 3. Legitimación”, en PRENDES CARRIL, P. (DIR.), *Tratado práctico concursal. Tomo I*, Thomson Reuters - Aranzadi, 2009.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. DEL M., “Solicitud de concurso. La solicitud anticipada” en PRENDES CARRIL, P. y MUÑOZ PAREDES, A. (DIRS.), *Tratado judicial de la insolvencia. Tomo I*, Aranzadi, 2012.

HERNANDO MENDÍVIL, J., *Calificación del concurso y coexistencia de las responsabilidades concursal y societaria*, Bosch, 2013.

JUAN SANJOSÉ, R. J., *El administrador ha distraído dinero de la sociedad, ¿Apropiación indebida o Administración desleal?*, Noticias Jurídicas, 2014. Recuperado el 15 de noviembre de 2016 de <<https://goo.gl/ymGcbB>>.

LARA, R., “La acción social de responsabilidad: ejercicio por la sociedad”, en ROJO, Á. y BELTRÁN, E., *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Tirant lo blanch, 2016.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *La reforma de los delitos económicos. La administración desleal, la apropiación indebida y las insolvencias punibles*, Civitas-Thomson Reuters, 2015.

MARÍN DE LA BÁRCENA, F., “Artículo 165. Presunciones de culpabilidad” en PULGAR EZQUERRA, J. *Comentario a la Ley Concursal*, La ley – Wolters Kluwer, 2016.

MARÍN DE LA BÁRCENA, F., “Artículo 172. Sentencia de calificación” en PULGAR EZQUERRA, J. *Comentario a la Ley Concursal*, La ley – Wolters Kluwer, 2016.

MARTÍNEZ GALLEGO, E. M., “Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas”, en LÓPEZ LÓPEZ, E. y MACÍAS CASTILLO, A. (COORD.), *Comentario práctico a la nueva ley concursal*, La Ley, 2012.

MARTÍNEZ GALLEGO, E. M., “Artículo 62. Resolución por incumplimiento”, en LÓPEZ LÓPEZ, E. y MACÍAS CASTILLO A. (COORD.), *Comentario práctico a la nueva ley concursal*, La Ley, 2012.

MARTÍNEZ GALLEGO, E. M., “Artículo 63. Supuestos especiales”, en LÓPEZ LÓPEZ, E. y MACÍAS CASTILLO, A. (COORD.), *Comentario práctico a la nueva ley concursal*, La Ley, 2012.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, Tirant lo Blanch, 2015.

MARTÍNEZ-FLÓREZ, A., “Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas”, en ROJO, Á. y BELTRÁN, E. (DIRS.), *Comentario de la Ley Concursal. Tomo I*, Thomson – Civitas, 2004.

MARTÍNEZ-FLÓREZ, A., “Artículo 62. Resolución por incumplimiento”, en ROJO, Á. y BELTRÁN, E. (DIRS.), *Comentario de la Ley Concursal. Tomo I*, Thomson – Civitas, 2004.

- MARTÍNEZ-FLÓREZ, A., “Artículo 63. Supuestos especiales”, en ROJO, Á. y BELTRÁN, E. (DIRS.), *Comentario de la Ley Concursal. Tomo I*, Thomson – Civitas, 2004.
- MARTÍNEZ-FLÓREZ, A., “Disposición final vigésima novena. Reforma de la Ley sobre Contrato de agencia”, en ROJO, Á. y BELTRÁN, E. (DIRS.), *Comentario de la Ley Concursal. Tomo II*, Thomson – Civitas, 2004.
- MARTÍNEZ-UCEDA CALATRAVA, C., “De la fase de liquidación”, en LÓPEZ LÓPEZ, E. y MACÍAS CASTILLO A., *Comentario práctico a la nueva ley concursal*, La Ley, 2012.
- MASCARELL NAVARRO, M. J. y HERNÁNDEZ MARTÍ, J., “Declaración del concurso”, en HERNÁNDEZ MARTÍ, J. (COORD.), *Concurso e insolvencia punible*, Tirant lo blanch, 2004.
- MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, Reppertor, 2015.
- MORALES GARCÍA, Ó., “La persona jurídica ante del Derecho y el proceso penal”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez. Homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada*, 2011, pp. 142-154.
- MORALES PRATS, F., “De los delitos societarios”, en QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.), *Comentarios al Código Penal Español. Tomo II*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2016.
- MORILLAS, M. J., “Artículo 5. Deber de solicitar la declaración de concurso”, en ROJO, Á. y BELTRÁN, E. (DIRS.), *Comentario de la Ley Concursal. Tomo I*, Thomson – Civitas, 2004.
- MOYA JIMÉNEZ, A., *La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes*, Bosch, 2012.
- MUÑOZ PAREDES, A., “La calificación del concurso. Sentencia de calificación y responsabilidad concursal”, en PRENDES CARRIL, P. y MUÑOZ PAREDES, A. (DIRS.), *Tratado judicial de la insolvencia. Tomo II*, Aranzadi, 2012.
- MUÑOZ PAREDES, A., *Tratado judicial de la responsabilidad de los administradores. La responsabilidad societaria. Vol. I*, Thomson reuters – Aranzadi, 2015.
- PASTOR MUÑOZ, N. y COCA VILA, I., “Delitos contra el patrimonio (II)”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (DIR.), *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, Atelier, 2015.
- PASTOR MUÑOZ, N., “Delitos contra el patrimonio (II)”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (DIR.), *Lecciones de derecho penal, Parte especial*, Altelier, 2011.
- PEITEADO MARISCAL, P., “Instrumentos para la Aplicación de la Ley Penal más favorable”, en GASCÓN INCHAUSTI, F. (COORD.), *Repercusiones sobre el Proceso Penal de la Ley Orgánica 5/2010, de Reforma del Código Penal*, Aranzadi-Thomson Reuters, 2010.
- PRECIADO DOMÉNECH, C. H., “La apropiación indebida”, en QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015.
- (DE) PORRES ORTIZ DE URBINA, E., *El nuevo delito de administración desleal. Análisis del tipo objetivo*, Lefebvre-El Derecho, 2016. Recuperado el 15 de noviembre de 2016 en <<https://goo.gl/oHTyLO>>.
- PRENDES CARRIL, P., “Artículo 166. Cómplices”, en PRENDES CARRIL, P. (DIR.), *Tratado práctico concursal. Tomo IV*, Thomson Reuters - Aranzadi, 2009.
- PRENDES CARRIL, P., “Artículo 2. Presupuesto objetivo”, en PRENDES CARRIL, P. (DIR.), *Tratado práctico concursal. Tomo I*, Thomson Reuters - Aranzadi, 2009.
- QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Coordinación de acciones societarias (social, individual y por deudas) y concursales de responsabilidad”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 22, 2015, pp. 43-50.
- QUINTERO OLIVARES, G., “De la apropiación indebida”, en QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.), *Comentarios al Código Penal Español. Tomo II*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2011.
- QUINTERO OLIVARES, G., “De las defraudaciones”, en QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.), *Comentarios al Código Penal Español. Tomo II*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2016.

QUINTERO OLIVARES, G., “De las insolvencias punibles”, en QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.), *Comentarios al Código Penal Español. Tomo II*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2016.

QUINTERO OLIVARES, G., “De los delitos contra la hacienda pública y contra la seguridad social”, en QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.), *Comentarios al Código Penal Español. Tomo II*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2016.

QUINTERO OLIVARES, G., “El delito de concurso o bancarrota”, en QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015.

QUINTERO OLIVARES, G., “La reforma del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas” en QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015.

RAGUÉS I VALLÈS, R., “Delitos contra la libertad”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (DIR.), *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, Atelier, 2011.

RAGUÉS I VALLÈS, R., “Delitos contra la libertad”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (DIR.), *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, Atelier, 2015.

RAMOS RUBIO, C., “El nuevo delito de administración desleal” (cursiva en el original), en QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015.

ROBLES PLANAS, R. y PASTOR MUÑOZ, N., “Delitos contra el patrimonio (III)”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (DIR.), *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, Atelier, 2011.

ROBLES PLANAS, R. y PASTOR MUÑOZ, N., “Delitos contra el patrimonio (III)”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (DIR.), *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, Atelier, 2015.

ROJO, Á. y BELTRÁN, E., “El concurso de acreedores”, en MENÉNDEZ, A. y ROJO, Á. (DIRS.), *Lecciones de derecho mercantil. Volumen II*, Thomson Reuters - Civitas, 2015.

ROJO, Á. y BELTRÁN, E., “Los efectos del concurso de acreedores”, en MENÉNDEZ, A. y ROJO, Á. (DIRS.), *LECCIONES de derecho mercantil. Volumen II*, Thomson Reuters - Civitas, 2015.

ROJO, Á. y BELTRÁN, E., *Legislación y jurisprudencia concursales*, Thomson Reuters - Aranzadi, 2013.

ROJO, Á., “Artículo 1. Presupuesto subjetivo”, en ROJO, Á. y Beltrán, E. (DIRS.), *Comentario de la Ley Concursal. Tomo I*, Thomson – Civitas, 2004.

ROJO, Á., “Artículo 2. Presupuesto objetivo”, en ROJO, Á. y BELTRÁN, E. (DIRS.), *Comentario de la Ley Concursal. Tomo I*, Thomson – Civitas, 2004.

ROJO, Á., “Artículo 3. Legitimación”, en ROJO, Á. y BELTRÁN, E. (DIRS.), *Comentario de la Ley Concursal. Tomo I*, Thomson – Civitas, 2004.

SANZ ACOSTA, L., “De la calificación del concurso”, en LÓPEZ LÓPEZ, E. y MACÍAS CASTILLO, A. (COORDS.), *Comentario práctico a la nueva ley concursal*, La Ley, 2012.

TAMARIT SUMALLA, J. M., “El nuevo tratamiento de las personas con discapacidad: ¿tan sólo una cuestión conceptual?” en QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015.

TAMARIT SUMALLA, J. M., “Lesiones”, en QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015.

VALENZUELA GARACH, J., *La responsabilidad de los administradores en la disolución y el concurso de las sociedades capitalistas*, Marcial Pons, 2007.

WOLTERS KLUWER, *Guías jurídicas. Aplicación de la norma más favorable*. Recuperado el 9 de noviembre de 2016 en <<https://goo.gl/TdpluP>>.

WOLTERS KLUWER, *Guías jurídicas. In dubio pro reo*. Recuperado el 14 de noviembre de 2016 en <<https://goo.gl/QsmnBF>>.



## JURISPRUDENCIA

ATS, Sala de lo Penal, de 18 de marzo de 1998, (RJ: 1998/2589).

ATS, Sala de lo Penal, 364/2002, de 13 de febrero, (JUR: 2002/61727).

SAP de Almería, Sección 3ª, 161/2002, de 2 de julio, (JUR: 2002/227032).

STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, 159/2007, de 21 de febrero, (RJ: 2007/3182).

STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 500/2007, de 14 de mayo, (RJ: 2007/3554),

SJMerc núm. 1 de Oviedo, 112/2007, de 23 de mayo, (JUR: 2008/357149).

SAP de Barcelona, Sección 15ª, 541/2007, de 29 de noviembre, (JUR: 2009/33340).

STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 1168/2008, de 27 de noviembre, (RJ: 2008/6323).

STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 1176/2008, de 4 diciembre, (RJ: 2009/394).

AAP de Barcelona, Sección 15ª, 100/2009, de 15 de marzo, (AC: 2009/1542).

SAP de Madrid, Sección 6ª, 450/2009, de 23 de octubre, (ARP: 2010/169).

SJMerc núm. 1 de A Coruña, 229/2010, de 15 de abril, (AC: 2010/421).

SAP de Alicante, Sección 8ª, 361/2010, de 9 de septiembre, (JUR: 2010/391252).

SAP de Barcelona, Sección 15ª, 311/2010, de 7 octubre, (JUR: 2011/183110).

SAP de Barcelona, Sección 15ª, 348/2010, de 3 de noviembre, (AC: 2011/1699).

SAP de Pontevedra, Sección 1ª, 2041/2011, de 14 de abril, (JUR: 2011/185510).

SAP de Coruña, Sección 4ª, 384/2011, de 16 de septiembre, (JUR: 2011/349599).

STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 614/2011, de 17 de noviembre, (RJ: 2012/3368).

STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, 295/2012, de 25 de marzo, (RJ: 2012/5456).

STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 501/2012, de 16 de julio, (RJ: 2012/9330).

STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, 162/2013, de 21 de febrero, (RJ: 2013/4386).

SAP de Valencia, Sección 2ª, 218/2013, de 6 de marzo (JUR: 2013/187522)

STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 673/2013, de 31 octubre, (RJ: 2013/7259).

STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, 60/2014, de 5 de febrero, (RJ: 2014/830).

STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 242/2014, de 23 de mayo, (RJ: 2014/2943).

STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 744/2014, de 22 de diciembre, (RJ: 2014/6406).

STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 108/2015, de 11 de marzo, (RJ: 2015/1799).

STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, 433/2015, de 2 de julio, (RJ: 2015/3901).

STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, 476/2015, de 13 de julio, (RJ: 2015/3592).

AAP de Madrid, Sección 18ª, 44/2016, de 14 de Marzo, (JUR: 2016/69513).

STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 269/2016, de 22 de abril, (RJ: 2016/2409).

STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 395/2016, de 9 de junio, (RJ: 2016/2335).

STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 490/2016, de 14 de julio, (RJ: 2016/3561).

SJMerc núm. 2 de Palma de Mallorca 275/2016, de 1 de septiembre, (JUR 2016\216600).